

Vol. 4

Nº 1

2016 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 4 – maio 2016 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF.

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Diogo Coutinho

Edmond Schlumberger

Eduardo Frade Rodrigues

Eleanor Fox

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Marcio de Oliveira Júnior

Paula Forgioni

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação Editorial

Vinicius Marques de Carvalho

Paulo Burnier da Silveira

Marcela Mattiuzzo

Pablo Reja Sánchez

Correspondência Redatorial

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Sumário

Apresentaçãoiii

I – Regulação e Defesa da Concorrência

Regulação e Segurança na Atividade de Praticagem no Brasil: Uma Análise Econômica 5
Os acordos de *zero-rating* e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da
neutralidade de rede 21

II – *Enforcement* do Direito da Concorrência: combate a cartéis e controle dos atos de concentração

Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE 57
Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas
..... 95
A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro 133
Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua
(In)Suficiência para a Condenação de Cartéis 153
Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade
administrativa 185

III – Internacionalização do Direito da Concorrência

A garantia da segurança alimentar por intermédio do direito internacional da concorrência 211
Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da
Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região 237

Apresentação

Chegamos a mais uma edição da Revista de Defesa da Concorrência, a última da qual participarei enquanto editor-chefe. Acredito que essa edição demonstra perfeitamente como o periódico e a própria defesa da concorrência brasileira evoluíram ao longo dos últimos anos: de forma consistente, criativa e sempre preocupada em compreender a concorrência como uma política pública de grande impacto social. Trazemos aqui nove artigos, organizados em três seções, que mais que reproduzir de maneira simplificada debates estrangeiros ou compilar discussões comuns na área concorrencial e regulatória, inovam, abordando temas relevantes por meio de análises diferenciadas.

Em “Regulação e Defesa da Concorrência”, contamos com dois artigos, um deles sobre o tema de praticagem, pouquíssimo explorado na literatura e com grandes consequências para o mercado, e outro sobre a prática de zero-rating e seus limites, tendo em vista a neutralidade de rede consagrada no Marco Civil da Internet, tema muito em voga principalmente com a recente edição do Decreto que veio regulamentar a lei brasileira.

A seção “*Enforcement* do Direito da Concorrência: combate a cartéis e controle dos atos de concentração” aborda alguns dos assuntos hoje mais discutidos no âmbito do CADE. Os remédios em atos de concentração, cuja relevância é constantemente renovada nas decisões do Conselho e nos mais diversos fóruns internacionais; os contratos associativos, que inclusive são objeto de nova proposta de regulamentação desde a última sessão de julgamento de 11 de maio; os programas de leniência e sua efetividade, os quais aparecem hoje não apenas no debate restrito à defesa da concorrência, mas expandem-se para discussões de combate à corrupção; a questão probatória em processos administrativos cujo escopo é a investigação de cartéis; e, ainda no âmbito dos cartéis, outro tema de grande relevância do contexto atual, que aborda as fronteiras entre o ilícito de cartel ele mesmo e a improbidade administrativa.

Em “Internacionalização do Direito da Concorrência”, contamos com algumas abordagens criativas e necessárias sobre a interface do antitruste com outras áreas jurídicas e geográficas. Primeiramente, há o debate sobre segurança alimentar via defesa da concorrência. Em segundo lugar, a discussão sobre os caminhos traçados para o antitruste na região do MERCOSUL.

Espero que aproveitem esse volume e desejo à equipe da Revista que permanecerá trabalhando na edição do material a mesma sorte que tive podendo contar com uma gama vasta de textos de alta qualidade e nível técnico para compor a publicação.

Boa leitura!

Vinicius Marques de Carvalho
Editor-chefe da Revista de Defesa da Concorrência

Regulação e Segurança na Atividade de Praticagem no Brasil: Uma Análise Econômica

Luiz Alberto Estevez¹

RESUMO

A regulação da segurança e a instituição do rodízio de práticos são relevantes para a obtenção de índices satisfatórios de segurança portuária. Por outro lado, tal mecanismo gera um processo de pareamento contratual bastante rígido entre práticos e armadores, o que equivale economicamente a constituição de monopólios privados. Na ausência de concorrência perfeita no mercado de fretes marítimos, o efeito econômico mais provável desta barganha é a dupla margem. O atual regramento do setor apresenta ineficiências em termos de bem-estar. Abolir o rodízio e deixar as instituições de mercado endereçarem o problema da segurança pode fornecer uma solução econômica superior a atualmente vigente. Contudo, a complementaridade regulatória - situação na qual a regulação econômica (por meio da introdução de preço-teto) se associada a regulação de segurança - seria capaz de fornecer uma solução econômica não só superior àquela atualmente vigente, mas também superior à solução de mercado.

Palavras-Chave: Economia do Transporte; Regulação; Antitruste.

ABSTRACT

The ports' safety regulation and the harbor pilots rotation system are important mechanisms to guarantee satisfactory levels of port security. On the other hand, such mechanisms generate tight contractual linkages between harbor pilots and ship-owners, which is, in price terms, economically equivalent to monopolies. In the absence of perfect competition in the sea freight market, the most likely economic effect of this bargain process is the double marginalization. The current sector rules present economic inefficiencies. If the harbor pilots rotation system is abandoned and the problem of security is solved by the market mechanism, a Pareto superior economic solution may be achieved. However, the goal of this paper is to show that regulatory complements - a situation in which economic regulation (through the introduction of price cap) is associated with security regulation - would be able to provide an economical solution not only better than that currently in force, but also superior to the market solution.

Keywords: Transportation Economics; Regulation; Antitrust.

Classificação JEL: L9; L5; L4

¹ Professor do Departamento de Economia da UFPR, Doutor em Economia pela Universidade de Siena, Economista Chefe do Banco do Nordeste (BNB), foi Economista-Chefe do CADE.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Regulação de Segurança da Praticagem; 3. As Implicações Econômicas da Regulação de Segurança da Praticagem; 4. Mensurando Impactos Econômicos da Regulação de Segurança da Praticagem; 5. A Complementaridade Regulatória como Solução Alternativa; 6. Considerações finais; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é providenciar uma análise econômica estilizada do mercado de compra e venda de serviços de praticagem no Brasil. A ideia é mostrar que o mecanismo regulatório de segurança da atividade, mais especificamente o mecanismo de rodízio (Escala de Rodízio Única de Serviço de Prático) entre os práticos², acaba endereçando de forma satisfatória um problema de risco, principalmente no que diz respeito a eventuais sinistros com embarcações e estruturas portuárias, já que é amplamente reconhecido o fato da atividade apresentar índices de segurança bastante satisfatórios no Brasil. Por outro lado, o mecanismo gera um processo de pareamento contratual bastante rígido entre práticos e armadores, o que acaba equivalendo economicamente a constituição de monopólios.

Como os mercados de comercialização de fretes para diferentes rotas marítimas estão longe de apresentarem características de ampla concorrência e forte rivalidade³, o efeito econômico esperado é a *dupla margem* (fruto do repasses de custos em cadeias oligopolizadas ou monopolizadas em todos os seus elos), que penaliza de forma evidente os usuários finais dos mercados de compra e venda de fretes marítimos, ou seja, os vários exportadores e importadores brasileiros, bem como os consumidores finais das mercadorias transportadas nestas rotas marítimas.

Em algumas circunstâncias a autoridade regulatória da segurança, a Marinha do Brasil, é acionada para arbitrar o custo da praticagem quando a barganha entre as partes (práticos e armadores) é quebrada, de forma a evitar a indisponibilidade do serviço essencial⁴. Tal procedimento de arbitragem *não pode e não deve* ser interpretado como uma regulação

² O exercício da atividade de praticagem no Brasil é regido pela NORMAN-12/DPC, Normas da autoridade marítima para o serviço da praticagem da Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil. A escala de rodízio única de serviço de prático é tratada na seção III da NORMAN-12/DPC, que trata da organização e da execução do serviço de praticagem.

³ Segundo Velasco e Lima (1999, p.4), “no mercado internacional de fretes ainda predomina uma intensa competição, mas as condições organizacionais apontam para a consolidação de um sistema oligopolizado, principalmente devido às grandes barreiras à entrada, em virtude das exigências de imensos aportes de capital para operação”.

⁴ Vide artigo 14 da Lei nº 9.537 de 11 de dezembro de 1997.

econômica *stricto sensu*. O objetivo da regulação econômica é aumentar o bem-estar da sociedade quando alguma falha de mercado está presente, como por exemplo a existência de um monopólio natural. O mecanismo de arbitragem da Marinha não guarda qualquer relação com regulação econômica, pois seu objetivo é fornecer solução para questões de *lide privada* entre as partes.

Será visto que, como a regulação da praticagem está atualmente posta (regulação de segurança sem regulação econômica), associada ao fato do mercado de fretes marítimos também apresentarem pouca rivalidade e concorrência, a completa desregulamentação do mercado de praticagem poderia até mesmo fornecer uma solução mais econômica para a sociedade. O efeito esperado da desregulamentação da segurança seria duplo: (i) o custo da praticagem seria reduzido por conta de maior oferta do serviço; e (ii) o custo do seguro marítimo aumentaria por conta do ingresso de práticos menos experientes. Caso o efeito da redução de custos por conta da maior oferta de práticos supere o efeito do acréscimo de custos com seguros, a solução de mercado seria mais eficiente que a disponível atualmente.

Por outro lado, mostraremos que a complementaridade regulatória, ou seja, situação na qual a regulação econômica (por meio da introdução de preço-teto) coexistiria com a regulação da segurança nos moldes atuais⁵, seria capaz de fornecer uma solução não só superior a atualmente vigente, mas também sob alguns parâmetros superior à solução sem qualquer forma de regulação, ou seja, a solução de mercado.

Ao longo do presente artigo buscou-se apresentar os argumentos econômicos de forma que pudessem ser lidos e interpretados por um público não habituado com a complexidade dos modelos econômicos formais, de forma que foi evitada uma análise clássica de bem-estar (*deadweight loss analysis*). Tal simplificação evidentemente não ocorre sem custos. Contudo, estamos seguros que várias das conclusões obtidas ao longo do texto seriam as mais prováveis levando-se em conta os parâmetros (elasticidades-preço de demanda, margens, níveis de concentração, etc.) dos mercados aqui analisados.

Na realidade, buscamos ser conservadores com as margens setoriais utilizadas em nossos exemplos numéricos. Adicionalmente, nossa construção leva em conta as

⁵ Este tem sido o objetivo da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem (CNAPE), instituído por meio do Decreto nº 7.860, de 06 de dezembro de 2012, que em 25 de setembro de 2013 publicou, por meio de sua Resolução nº 3, uma metodologia de regulação de preços para a praticagem. A minuta com a proposta encaminhada para consulta pública, intitulada “Proposta de metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem” pode ser obtida por meio do seguinte endereço eletrônico: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/gestao/praticagem/comissao-nacional-para-assuntos-de-praticagem-2013-cnap/arquivos-consulta-publica-praticagem-encerrada-em-28-de-maio-de-2013/proposta-de-metodologia.pdf>

especificidades das legislações regulatórias e antitruste brasileiras, onde ganhos de bem-estar para a sociedade devem, obrigatoriamente, melhorar o bem-estar dos consumidores finais, seja por meio de preços menores, seja por meio de produtos de melhor qualidade ou mais diversificados.

O artigo é dividido em seis seções, incluindo a presente introdução. Na seção 2 apresentamos as características da regulação de segurança da atividade de praticagem no Brasil. O capítulo 3 é dedicado a analisar as implicações econômicas da regulação de segurança da praticagem. No capítulo 4 buscamos decompor, por meio de um exemplo numérico e uma análise de contrafactual, quais seriam os impactos da eliminação da regulação de segurança sobre o custo de praticagem para os armadores e para os exportadores e importadores. No capítulo 5 é mostrado que a complementaridade regulatória, composta pela combinação de regulação econômica com preços-teto mais regulação de segurança com rodízios, pode trazer resultados mais satisfatórios que aqueles obtidos apenas com regulação de segurança, ou sem regulação alguma (denominada solução de mercado). A sexta e última seção é dedicada as considerações finais e conclusões.

2. A Regulação de Segurança da Praticagem

A atividade de praticagem realizada no Brasil é regulamentada pela Marinha do Brasil. Por motivo de segurança a quantidade de práticos credenciados a operarem em cada uma das zonas de praticagem é limitada, por meio de um mecanismo de rodízio entre os profissionais habilitados. A lógica por trás do mecanismo de rodízio é relativamente simples: (i) para que um prático mantenha sua habilitação são necessárias X horas de manobras por um período de tempo T ; (ii) Em uma zona de praticagem são demandadas em média Y horas de manobras por um igual período de tempo T .

Portanto, na ausência de qualquer mecanismo que possa substituir horas de manobras práticas (horas de manobras em simulador, por exemplo), para assegurar que os serviços de praticagem sejam sempre fornecidos por profissionais devidamente habilitados, é realmente desejável que o número de práticos (n) em uma determinada zona de praticagem seja limitado a $n = Y/X$.

Considerando a ausência de qualquer mecanismo que possa substituir horas de manobras práticas, está claro que qualquer número de práticos superior a Y/X poderá trazer como implicação uma situação na qual alguns (ou até mesmo nenhum) dos n profissionais alcancem a quantidade mínima de manobras práticas necessárias para garantir a manutenção de

suas habilitações. Outro ponto fundamental é que dentro do período todos possam alcançar as X horas de manobra e para isso o rodízio assume papel fundamental. Em suma, na ausência de qualquer mecanismo que possa substituir horas de manobras práticas de modo a garantir as habilitações dos profissionais, o rodízio é um mecanismo bastante satisfatório para garantir as exigências da regulação de segurança dos portos, de forma que é amplamente reconhecido o fato de que a segurança das atividades de praticagem nos portos brasileiros apresenta números bastante satisfatórios.

Um ponto fundamental a ser compreendido é que a regulação que garante as condições altamente favoráveis de segurança nas atividades de praticagem nos portos brasileiros traz consigo implicações importantes para as questões econômicas envolvendo serviços de praticagem, ou seja, para o mercado de compra e venda de horas de manobra de praticagem.

3. As Implicações Econômicas da Regulação de Segurança da Praticagem

Como mencionado na seção anterior, considerando a ausência de qualquer mecanismo que possa substituir horas de manobras práticas, o racionamento do número de profissionais práticos em cada uma das zonas de praticagem (condição de $n = Y/X$), associado com o rodízio destes Y/X profissionais, garantirá de forma satisfatória as condições de segurança da atividade. Contudo, deverá estar claro ao leitor que o mecanismo de rodízio gera uma monopolização bilateral na oferta e demanda por serviços de praticagem. Os próximos parágrafos elucidarão este ponto.

Suponhamos, por exemplo, que a partir dos parâmetros de Y e X de uma determinada zona de praticagem, alcancemos um número adequado de profissionais de $n = 5$, aqui denominados pelas letras A, B, C, D e E . Para assegurarmos que dentro de cada período de tempo T todos os 5 profissionais garantam suas habilitações, será necessário a implementação de um rodízio conforme quadro abaixo:

Quadro 1: Exemplo Simplificado de Rodízio dos Práticos

| Períodos | | | | |
|---------------------------|---------|---------|-----|---------|
| Tempo 1 | Tempo 2 | Tempo 3 | ... | Tempo T |
| Profissionais Contratados | | | | |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------------------------------------------|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|-----|---|---|---|---|---|
| A | B | C | D | E | A | B | C | D | E | A | B | C | D | E | ... | A | B | C | D | E |
| Horas Contratadas de Cada Profissional | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | X | ... | X | X | X | X | X |

Imagine que tão logo inicie o período ciclo de Tempo 1 um armador de navios ingresse no mercado demandando, por exemplo, $3X$ horas de manobras. As perguntas a serem endereçadas são:

- O armador poderia organizar um leilão, convidando todos os cinco práticos (A, B, C, D e E) a submeterem propostas de vendas de $3X$ horas de manobra, sendo vencedor aquele profissional que fornecer a proposta de menor valor?
- O armador poderia barganhar, por exemplo, $1,5X$ horas com o prático B , X horas com o prático D e $0,5X$ horas com o prático E ?

As respostas para as questões acima são evidentemente negativas. Só há uma possibilidade de arranjo contratual para o armador: (i) comprar suas primeiras X horas de manobras do prático A ; (ii) na sequência comprar X horas de manobras do prático B ; e (iii) comprar suas últimas X horas de manobras do prático C .

Prosseguindo com o raciocínio, imaginemos que no primeiro ciclo de tempo, no Tempo 1, apenas dois armadores demandem horas de manobras. O primeiro é o armador já mencionado nos parágrafos anteriores, que demandaria $3X$ horas, que aqui denominaremos de $\alpha Nave$ e um segundo armador, o $\beta Port$, que demandaria outras $2X$ horas, completando assim as $5X$ horas necessárias para garantir o tempo de manobras práticas para manutenção das habilitações dos práticos A, B, C, D e E .

Neste ponto deve estar claro ao leitor que teríamos apenas 5 contratos do tipo $\{\text{comprador}; \text{vendedor}\}$ possíveis:

Figura 1: Pareamentos contratuais decorrentes do rodízio

| | | |
|---------------------------------------------|---|----------------------|
| Contrato 1 (primeiro conjunto de X horas) | = | $\{\alpha Nave; A\}$ |
| Contrato 2 (segundo conjunto de X horas) | = | $\{\alpha Nave; B\}$ |
| Contrato 3 (terceiro conjunto de X horas) | = | $\{\alpha Nave; C\}$ |
| Contrato 4 (quarto conjunto de X horas) | = | $\{\beta Port; D\}$ |

| |
|-----------------------------------------------------------------|
| Contrato 5 (quinto conjunto de X horas) = $\{\beta Port; E\}$ |
|-----------------------------------------------------------------|

Dos argumentos expostos acima, podemos facilmente inferir que o sistema de rodízio traz como implicação fortes restrições sobre a *livre comercialização* e a *livre negociação* dos serviços de praticagem. Mesmo que haja algum grau de flexibilidade, por exemplo, caso o prático D não queira prestar serviços para o armador $\beta Port$ e convença uma troca com o prático B, implicando uma redefinição dos contratos 2 (de $\{\alpha Nave; B\}$ para $\{\alpha Nave; D\}$) e 4 (de $\{\beta Port; D\}$ para $\{\beta Port; B\}$), o fato é que os *graus de liberdade* para diferentes combinações de compradores e vendedores é extremamente restrito.

Neste ponto o leitor também deverá ter notado que o prático A será um monopolista das primeiras X horas do ciclo Tempo 1, assim como o prático B será o monopolista das X horas seguintes e assim por diante, até o prático E monopolizar as últimas X horas do ciclo de tempo 1. Da mesma maneira, o armador $\alpha Nave$ será um monopsonista na compra das primeiras X horas do ciclo Tempo 1, bem como monopsonista na compra da X horas seguintes e assim por diante, até o armador $\beta Port$ monopsonizar as últimas X horas por meio do contrato 5.

O fato dos contratos serem barganhados por um monopólio bilateral (entre um monopolista na venda e um monopsonista na compra), sem a intervenção de uma autoridade reguladora, não significa que o preço de equilíbrio seja uma solução eficiente de mercado. Aliás, dependendo das circunstâncias, tal resultado pode ser extremamente ineficiente em termos de bem-estar para os consumidores finais e para a sociedade como um todo. A dimensão desta ineficiência econômica dependerá, por sua vez, do poder de mercado das empresas $\alpha Nave$ e $\beta Port$ na comercialização de fretes.

Suponhamos como exemplo uma primeira situação na qual as empresas $\alpha Nave$ e $\beta Port$ operem em rotas marítimas junto com uma grande quantidade de concorrentes, de modo que qualquer aumento de preço ao consumidor final (o contratante do frete⁶) implique em uma brusca queda de demanda pelos serviços deste armador, dada a suposta rivalidade com que as empresas disputam venda de fretes nestas rotas. Nestes casos, as empresas $\alpha Nave$ e $\beta Port$ teriam incentivos para barganhar reduções de custos junto a seus fornecedores, o que inclui os serviços de praticagem. Contudo, os custos de uma barganha (chamados na literatura econômica de custos de transação) podem ser consideráveis e nem sempre as partes de uma barganha são

⁶ Sempre assumiremos que o mercado de fretes para todas as rotas possíveis seja composto por vários compradores, ou seja, um grande número de exportadores e importadores dispostos a adquirir tais serviços.

capazes de absorver de forma simétrica tais custos. Na realidade, terá maior poder de barganha quem tiver maior capacidade de absorver os respectivos custos da barganha.

Sendo neste primeiro exemplo o prático um monopolista no mercado de serviços de praticagem (mercado *upstream*) e o armador apenas um dos vários concorrentes no mercado de venda de fretes (mercado *downstream*), está claro que o prático terá incentivos para imputar custos adicionais de barganha ao armador, forçando as negociações contratuais até o ponto onde o armador terá que avaliar se o benefício de uma rodada adicional de barganha (que é a redução do preço da praticagem) compensa seu custo (custos adicionais de transação). Neste primeiro exemplo hipotético, o efeito econômico geral seria teoricamente o seguinte:

- A regulação de segurança não traria perdas econômicas para os consumidores de fretes (importadores e exportadores), pois ali a concorrência entre os armadores nas rotas seria elevada, impossibilitando assim que eventuais preços elevados praticados pelos práticos fossem repassados pelos armadores aos importadores e exportadores;
- Por outro lado a regulação da segurança teria um efeito claro sobre a distribuição de lucros gerados dentro da cadeia de serviços de fretes marítimos, uma vez que parte dos lucros obtidos na venda de fretes pelos armadores seria redistribuída em favor dos práticos pela simples utilização do esquema de rodízio (que como já discutido, garante um monopólio contratual de X horas de manobra para cada um dos práticos);

Contudo, em uma segunda situação hipotética, com um cenário mais realista do mercado de fretes, é possível verificar a ocorrência de um problema econômico muito maior. O cenário mais realista é aquele no qual o mercado de venda e compra de fretes marítimos é imperfeito, ou seja, várias das rotas marítimas são atendidas por um único armador (monopólio) ou por um pequeno número de competidores (oligopólio). Nestes casos os armadores teriam incentivos menores para barganhar redução de custos com seus fornecedores, pois não seria razoável incorrer em grandes custos de barganha (custos de transação) sendo que tais custos pudessem ser absorvidos e repassados sem maiores problemas aos consumidores de fretes, ou seja, um grande número de exportadores e de importadores. Neste caso verificaríamos o que a literatura econômica denomina como *dupla margem*.

Em termos básicos, a noção de margem está relacionada à capacidade de um monopolista (ou grupo de oligopolistas) em praticar um preço acima de seu custo econômico⁷.

⁷ A fórmula da margem é igual a $m = (P - C)/P$, onde m é a margem, P é o preço e C é o custo econômico.

A noção de custo econômico é diferente da noção de custo contábil, pois o custo econômico incorpora o custo de oportunidade do agente econômico. Para facilitarmos este ponto, forneceremos um exemplo numérico.

Considerando as informações do Quadro 1, imagine que para o prático A poder manobrar as X horas requeridas ele incorra em alguns custos operacionais, por exemplo, alugar um equipamento por X horas a um custo de \$ 80. Ele iniciará o ciclo Tempo 1 e só terá outra contratação de manobra quando iniciar o ciclo Tempo 2, quando todos os demais práticos da fila já manobraram suas horas requeridas. Durante o período que os demais estão manobrando, o prático A deverá estar de prontidão, pois o exato momento em que o ciclo Tempo 1 termina dependerá da demanda por horas de manobra, que pode variar significativamente. Logo, seria prudente o prático não se comprometer com outras tarefas durante o período de prontidão.

O tempo de prontidão sem atividade remunerada é um custo para o prático, pois ele poderia estar desenvolvendo outra atividade e sendo remunerado por isso. Por exemplo, ele poderia estar ensinando como desempenhar manobras a candidatos a prático. Suponhamos que com tais aulas (que tomassem todo o ciclo Tempo 1) ele recebesse uma remuneração igual \$ 70 líquidos. Este valor de \$ 70 líquidos seria então seu custo de oportunidade. Na contabilidade do prático A verificaríamos apenas os custos de \$ 80 despendidos com o aluguel do equipamento. Contudo, seu custo econômico com a atividade no mesmo período seria de \$ 150, ou seja, \$ 80 com seu custo operacional mais \$ 70 líquidos com seu custo de oportunidade.

Quanto maior for o poder de monopólio do prático A, maior será sua margem, ou seja, maior será sua capacidade de cobrar um preço acima de seu custo econômico de \$ 150. Quanto menor for o poder de mercado do prático, menor será sua margem e mais próximo seu preço será de \$150.

O leitor deverá perceber aqui que caso o prático receba um preço de manobras igual a \$ 150, seu lucro contábil será de \$ 70 (a diferença entre o preço e custo com aluguel de equipamento para manobrar as X horas), mas seu lucro econômico será igual a zero. O leitor também perceberá que o prático A não aceitaria um preço inferior a \$ 150, pois caso recebesse \$ 149, por exemplo, deveria pagar o aluguel do equipamento de \$ 80, sobrando assim apenas \$ 69. Nesta situação seria melhor abandonar o ofício de prático e se dedicar ao ensino da praticagem, pois lhe renderia \$ 70 líquidos.

Caso o prático A seja um monopolista com uma margem de 50% e caso o armador $\alpha Nave$ também seja um monopolista de sua rota com uma margem de 50%, a pergunta a ser endereçada é: quanto o consumidor de fretes pagaria “na ponta” (mercado *downstream*) pelo serviço fornecido pelo prático A ao armador $\alpha Nave$ no mercado de praticagem (mercado *upstream*)?

O primeiro passo é sabermos quanto o prático A cobraria do armador $\alpha Nave$. Como o custo econômico do prático A é igual a \$ 150 e sua margem é de 50%, seu preço será igual a \$ 300⁸. Como o armador $\alpha Nave$ também é um monopolista, não terá dificuldade de repassar este custo de \$ 300, incluído de sua margem, para o consumidor final. Como a margem do armador também é de 50%, o custo final do serviço de X horas de manobra para os contratantes de frete marítimo seria igual a \$ 600⁹.

4. Mensurando Impactos Econômicos da Regulação de Segurança da Praticagem

Uma maneira de mensurarmos quais são os efeitos econômicos da regulação de segurança da praticagem de portos no Brasil seria por meio da identificação de situações contrafactuais, ou seja, situações nas quais: (i) não houvesse regulação de segurança; ou (ii) as horas manobradas para manutenção das habilitações pudessem ser perfeitamente substituídas por horas simuladas. Em ambas as situações contrafactuais o mecanismo de rodízio mencionado nas seções anteriores poderia ser extinto sem prejuízos.

Cabe esclarecer ao leitor que fornecemos estes exemplos contrafactuais apenas para que possamos inferir os efeitos econômicos do mecanismo de rodízios. Os contrafactuais não devem ser aqui interpretados como sugestões de reforma regulatória. Aliás, como já mencionado anteriormente, a regulação de segurança do exercício da praticagem é fundamental e sua implementação no Brasil tem garantido resultados bastante satisfatórios em termos de segurança.

Como mencionado, as situações contrafactuais teriam como efeito a eliminação do mecanismo de rodízios. Em ambos os casos também não seria mais necessário restringir o número de práticos (que em nossos exemplos seria igual a Y/X), abrindo o mercado para o ingresso de outros profissionais, inclusive por funcionários dos próprios armadores. Desde que as barreiras à entrada no mercado de praticagem (aprendizado do ofício e capital para aluguel de equipamentos, por exemplo) não fossem muito elevadas, esperaríamos o ingresso de um número substancial de profissionais, aumentando assim a oferta de serviços de praticagem, a rivalidade entre os competidores e reduzindo as margens de lucro do mercado.

Seguindo a discussão e o exemplo numérico da seção anterior, quanto menor for o poder de mercado do prático, menor será sua margem e mais próximo seu preço será de seu custo, ou

⁸ Não confundir margem com *markup*, ver equação da margem na nota de rodapé anterior.

⁹ Evidentemente esta é apenas uma fração (um componente de custo) do frete marítimo.

seja, dos \$150. Neste caso a margem seria igual a zero, pois o preço igualaria o custo econômico de \$ 150. Seguindo nosso exemplo, considerando que os armadores continuem a operar como monopolistas em suas respectivas rotas e mantenham margem de 50%, teríamos então que o custo final do serviço de X horas de manobra para o consumidor final fosse igual a \$ 300.

Até o presente momento só consideramos o efeito redutor de custos com o fim da regulação da segurança da atividade de praticagem. Contudo, a segurança das tripulações, das embarcações e dos portos é um bem de grande valia para a sociedade. Seria ingênuo acreditarmos que o fim da regulação de segurança, do rodízio e a abertura do setor para profissionais menos qualificados que os práticos já posicionados no mercado (incumbentes) não traria implicações para a segurança e para os custos portuários. O ingresso de profissionais menos experientes que o grupo de incumbentes reduziria a qualidade do serviço, podendo assim elevar os riscos para os armadores e para os administradores dos portos.

Dada a ausência de regulação de segurança, a tendência é que o mercado crie mecanismos para que os agentes internalizem a majoração dos riscos associados à desregulamentação. A tendência seria a criação de um mercado de compra e venda de seguros contra potenciais sinistros em embarcações e portos, decorrentes da queda da qualificação média dos práticos¹⁰. Suponhamos que a segurança fornecida pela regulação de segurança pudesse ser facilmente precificada (na realidade pode ser precificada, mas não é uma tarefa trivial) e que a mesma custasse \$ 50 para cada X horas de manobras.

Imaginemos agora que o mercado de venda de seguros fosse oligopolizado e seus competidores conseguissem “vender aos armadores” a mesma segurança de X horas de manobras práticas, anteriormente fornecida pelo órgão regulador¹¹, acrescidas de uma margem de 20%. O prêmio do seguro ao armador custaria então \$ 62,50. Como o armador é monopolista em sua rota, ele repassaria o custo do seguro aos consumidores finais acrescido de sua margem de monopólio de 50%. Portanto, a segurança de X horas de manobras práticas com valor de \$ 50 chegaria ao consumidor final a um custo de \$ 125.

Em suma, não havendo regulação de segurança, as instituições de mercado fariam com que X horas de manobras técnicas custassem ao consumidor final \$ 425, sendo \$ 300 com as X horas de manobras propriamente ditas mais \$ 125 para cobrir o risco da desregulamentação da segurança no setor. Neste ponto o leitor poderá imaginar que a solução de mercado é superior

¹⁰ Em termos práticos tal efeito seria materializado na forma de majoração dos prêmios dos seguros marítimos que já incorporam a cobertura de vários outros riscos que as embarcações incorrem ao longo de suas rotas.

¹¹ Assumimos que as tarefas regulatórias e de monitoramento da Marinha brasileira são tão grandes e complexas que abandonar a regulação da praticagem dos portos não traria, na margem, nenhuma redução de custos significativa.

à qualquer solução regulatória, afinal o custo final de X horas de manobras, \$ 425, é bem inferior aos \$ 600 com regulação de segurança. A próxima seção mostrará que é possível ainda existir uma solução alternativa superior à solução de mercado.

5. A Complementaridade Regulatória como Solução Alternativa

O objetivo da presente seção é duplo: (i) discutir os motivos pelos quais o modelo regulatório de praticagem baseado meramente em regulação da segurança traz um resultado econômico bastante insatisfatório para a sociedade; e (ii) mostrar que o problema não é a regulação em si, mas a ausência de um desenho institucional regulatório capaz de lidar com o problema econômico. Ao final da seção será mostrado que um desenho regulatório alternativo consegue, inclusive, gerar um resultado superior ao da solução de mercado discutido na seção anterior.

Começemos com a discussão acerca da regulação de segurança da praticagem. Foi visto nas seções anteriores que o mecanismo de rodízio traz uma solução bastante satisfatória para endereçar a garantia da qualidade do serviço de praticagem em termos de segurança. Contudo, o mecanismo cria um pareamento rígido de barganha entre o armador e o prático que negociarão as próximas X horas de manobras. Como o prático será um monopolista da oferta daquelas X horas e, em termos gerais, as rotas marítimas são disputadas por poucos armadores (que detém algum poder de mercado na venda de fretes), que podem facilmente repassar parte ou a totalidade dos custos para os demandantes de fretes. Neste caso, os grandes prejudicados são obviamente os exportadores e importadores de mercadorias, além dos consumidores finais destas mercadorias.

Em algumas circunstâncias a autoridade regulatória da segurança, a Marinha do Brasil, é acionada para arbitrar o preço da praticagem quando a barganha entre as partes é quebrada, de forma a evitar a indisponibilidade do serviço. Tal procedimento de arbitragem *não pode e não deve* ser interpretado como uma regulação econômica *stricto sensu*. O objetivo da regulação econômica é aumentar o bem-estar da sociedade quando alguma falha de mercado está presente, como a existência de um monopólio natural. O mecanismo de arbitragem da Marinha não guarda relação com regulação econômica, pois seu objetivo é fornecer soluções para problemas de *lide privada* entre as partes.

No caso de monopólio natural envolvendo algum agente privado, em geral é constituída alguma autoridade regulatória que terá como prerrogativa impor parâmetros como preços teto e índices de qualidade ao monopolista natural privado. O objetivo é sempre evitar que o

monopolista privado pratique margens excessivas de monopólio e o retorno econômico garantido pelo monopólio não crie desincentivos para a busca de inovações de produtos e processos que possam beneficiar os consumidores finais. Contudo, o mecanismo regulatório sempre garantirá um lucro econômico para assegurar que o monopolista regulado tenha capacidade de investimentos para expansão dos negócios. Em suma, a regulação econômica é a arte de manipular incentivos e restrições (*carrots & sticks*) nos casos em que as imperfeições de mercado trariam resultados bastante insatisfatórios para o bem-estar da sociedade.

No caso da praticagem brasileira o sistema de segurança baseado em rodízios cria monopólios naturais que não estão sujeitos a qualquer regulação econômica (está apenas sujeita a mecanismo de solução de problemas de *lide privada*). Trata-se de uma situação de incentivos sem restrições, de “*carrots sem sticks*”. Fossem as rotas marítimas disputadas por um número de ilimitado de armadores, concorrendo ferozmente entre si, o problema seria menor, pois tal arranjo institucional apenas teria como implicação um mecanismo de transferência de rendas em favor dos práticos. Infelizmente, este resultado está longe de corresponder com a realidade brasileira e mundial da cadeia de compra e venda de serviços de fretes marítimos.

Nosso próximo passo é mostrar que a inferioridade econômica do resultado do arranjo institucional atualmente vigente não é um problema da regulação da segurança, mas sim da falta de complementaridade regulatória. O argumento é bastante simples: a regulação da segurança e o mecanismo de rodízios criam os contratos com pareamentos rígidos e monopólicos (que são satisfatórios em termos de segurança), enquanto que a introdução de uma regulação econômica garantirá a supermodularidade do resultado final, que como será demonstrado, pode ser até mesmo superior (em termos de bem-estar econômico aos consumidores de fretes) que a solução de mercado.

Em nosso exemplo da seção anterior foi visto que a eliminação da regulação da segurança faria com que as barreiras à entrada de novos ofertantes no mercado de praticagem fossem demovidas e um mercado de seguros fosse criado para internalizar os custos associados aos riscos desta abertura. Foi visto que a solução de mercado faria com que X horas de manobras técnicas custassem ao consumidor final \$ 425, sendo \$ 300 com as X horas de manobras propriamente ditas mais \$ 125 para cobrir o risco da desregulamentação da segurança no setor.

Vejamos agora uma situação alternativa, na qual a regulação econômica fosse introduzida na forma da constituição de preços-teto para os serviços de praticagem. Nesta situação a regulação econômica coexistiria com a regulação da segurança e com os rodízios, o que eliminaria a necessidade do mercado de seguros para o risco da abertura de mercado para

novos práticos (denominaremos tal desenho institucional como solução com complementaridade regulatória). A questão fundamental neste ponto seria a seguinte:

Existiria algum preço-teto regulatório que garantisse simultaneamente: (i) um custo de X horas de manobras ao consumidor final inferior ao custo dado pela solução de mercado? (ii) um lucro econômico aos práticos, ou seja, um preço superior aos seus custos econômicos de \$ 150?

Sabemos que a primeira condição para que tal resultado seja satisfatório é que o custo final aos exportadores e importadores não exceda \$ 425 (custo aos contratantes de frete com a solução de mercado). Sabemos também que o armador, monopolista que é, repassará, no caso limite, o custo contratado da praticagem aos consumidores finais, acrescido de uma margem de 50%.

O problema do regulador seria então encontrar qual o custo C , que acrescido de uma margem de $m = 0,50$, não excedesse ao preço de $P = \$ 425$. A solução pode ser obtida a partir da equação reportada na nota de rodapé 2.

$$m = \frac{P - C}{P} \rightarrow C = (1 - m)P = (0,50) * \$425 \rightarrow$$
$$C = \$ 212,50$$

Em suma, qualquer custo de manobra barganhado entre prático e armador para X horas que seja superior a \$ 150,00 e inferior a \$ 212,50 ($\$ 150,00 < C < \$ 212,50$) atenderá ao objetivo do regulador, garantindo assim um custo de manobra inferior ao de mercado para os consumidores finais de fretes e a existência de lucros econômicos (*rents*) que garantam aos práticos um retorno que cubra seus custos operacionais, seus custos de oportunidade e ainda garantam retornos extraordinários que possam ser reinvestidos para a melhoria da qualidade e da segurança dos serviços prestados.

6. Considerações Finais

Foi visto ao longo do presente artigo que a regulação da segurança da atividade de praticagem no Brasil endereça de forma satisfatória o risco da atividade, uma vez que é amplamente reconhecido o fato da atividade apresentar índices de segurança bastante satisfatórios. Por outro lado, o mecanismo acaba gerando um processo de pareamento contratual

bastante rígido entre práticos e armadores, o que acaba equivalendo economicamente a constituição de monopólios privados.

Dada a ausência de concorrência perfeita no mercado de fretes marítimos, o efeito econômico mais provável é a dupla margem, que penaliza os vários exportadores e importadores brasileiros, bem como os consumidores finais das mercadorias transportadas nestas rotas marítimas.

Em algumas circunstâncias a autoridade regulatória da segurança, a Marinha do Brasil, é acionada para arbitrar o custo da praticagem quando a barganha entre as partes (práticos e armadores) é quebrada, de forma a evitar a indisponibilidade do serviço. Contudo, tal mecanismo não guarda relação com regulação econômica *stricto sensu*, pois seu objetivo é endereçar questões de lide privada entre as partes.

O atual regramento do setor apresenta resultados bastante ineficientes em termos de bem-estar para os consumidores finais de fretes marítimos. Foi visto que, sob algumas condições, abolir a regulação de segurança e deixar as instituições de mercado endereçarem o aumento do risco de abertura para novos entrantes poderia fornecer uma solução econômica superior àquela atualmente vigente.

Por outro lado, a segurança das tripulações, das embarcações e dos portos é um bem extremamente valioso, de modo que devemos sempre buscar a manutenção e a melhora dos índices de segurança garantidos pelo monitoramento da atividade exercido pela Marinha do Brasil. Na seção anterior foi verificado que a complementaridade regulatória, ou seja, situação na qual a regulação econômica (por meio da introdução de preço-teto) associada a regulação da segurança nos moldes atuais, seria capaz de fornecer uma solução econômica não só superior àquela atualmente vigente, mas também superior à solução de mercado.

7. Bibliografia

BRASIL. Lei Federal nº 9.537 de 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Brasília, DOU, 12 dez.1997.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.860 de 06 de dezembro de 2002. Cria a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, com o objetivo de elaborar propostas sobre regulação de preços, abrangência das zonas e medidas de aperfeiçoamento relativas ao serviço de praticagem. Brasília, DOU, 07 dez.2002.

ELZINGA, K. & MILLS, D. The Lerner Index of monopoly power: origins and uses. The American Economic Review. Vol. 101 (3), 2011.

MARINHA DO BRASIL. Normas da autoridade marítima para o serviço de praticagem. Brasília: NORMAN-12 DPC, 2011.

VELASCO, L. & LIMA, E. A. As novas empresas mundiais de navegação determinam a evolução dos portos. Rio de Janeiro: Mimeo BNDES, 2009.

VISCUSI, K.; HARRINGTON, J. & VERNON, J. Economics of regulation and Antitrust. 4a ed. Cambridge: MIT Press, 2005

Os acordos de *zero-rating* e seus impactos concorrenciais: os limites da regulação da neutralidade de rede

Leandro Novais e Silva¹²
Pablo Leurquin¹³
André Belfort¹⁴

RESUMO

O presente artigo analisa a interface entre a neutralidade de rede e o Direito da Concorrência, tomando como base os acordos de *zero-rating*. Para explorar melhor os impactos da neutralidade de rede em modelos de negócio que envolvem a internet, o objeto de estudo é apresentado a partir de uma perspectiva interdisciplinar, integrando conhecimentos do Direito e da Economia. Diante disso, o mesmo é dividido em três seções. Na primeira, avalia-se a economia da neutralidade de rede, evidenciando as diferentes interpretações da mesma e a sua relação com os custos para a manutenção e ampliação da rede. Na segunda, delineiam-se os contornos normativos do referido princípio, apresentando também os debates legislativos ocorridos durante a tramitação do Marco Civil da Internet para entender as disputas políticas envolvidas. Na terceira, analisa-se a prática de *zero-rating*, sob a luz da neutralidade de rede e demais normas de Direito Concorrencial.

Palavras-chave. Neutralidade de rede. Direito da Concorrência. *Zero-rating*.

ABSTRACT

This article analyzes the interface between the network neutrality and the Competition Law, based on the zero-rating agreements. The paper presents an interdisciplinary approach, using insights from both Law and Economy, with the intent to better explore the consequences of network neutrality in businesses conducted over the internet. In this context, this paper is divided into three sections. In the first section, the economics of network neutrality are analyzed, exposing the different interpretations of network neutrality and their relations to the costs of maintaining and expanding the physical network. In the second part, a study is made of the legislative debates that occurred during the passing of the “Brazilian Civil Framework for the Internet“, in order to better understand the political aspect of the law. In the third and final section, the practice of zero-rating is analyzed, under both network neutrality and Competition Law paradigms.

Keywords. Network Neutrality. Competition Law. Zero-rating.

Classificação JEL: L40, L42 e K21

¹² Mestre (2002/2003) e Doutor (2004/2007) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. É também Professor Adjunto de Direito Econômico na FDUFG, vinculado ao Departamento de Direito Público. É ainda pesquisador associado do NECTAR – Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (ITA). E-mail: leandro-novais@ufmg.br

¹³ Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais e em Direito Internacional e Europeu na *Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, com bolsa do CNPq e da CAPES/PSDE. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, com bolsa do CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da FDUFG. E-mail: pabloleurquin@yahoo.com.br

¹⁴ Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Propriedade Intelectual e Inovação pelo CEAJUFE/Universidade de Itaúna. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico (GPDE) da Faculdade de Direito da UFG. E-mail: andrecbelfort@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. A economia da neutralidade de rede; 2.1. O Mercado de dois lados: como garantir a inovação nas duas pontas?; 2.2 O congestionamento no uso da rede: uma tragédia dos comuns; 2.3 A visão radical e a visão flexível da neutralidade de rede: a eficiência e a equidade no uso da rede; 3. Os contornos normativos da neutralidade de rede no Marco Civil da Internet; 3.1. Os debates legislativos sobre o Marco Civil da Internet: a polêmica da neutralidade de rede; 3.2 A neutralidade de rede enquanto norma de Direito Concorrencial?; 4. Análise concorrencial dos acordos de *zero-rating*; 4.1 Definição e estado atual do *zero-rating* no Brasil; 4.2. A economia do *zero-rating*; 4.3. *Zero-rating* e Neutralidade de Rede; 4.4. Análise concorrencial do *zero-rating*; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Considerações iniciais

A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, o Marco Civil da Internet, trata a neutralidade de rede como um princípio que disciplina o uso da internet no Brasil. Essa preocupação do Legislador já ilustra a importância desse conceito, que guarda relação direta com a redefinição da relação entre usuários, operadoras de telecomunicação e prestadoras de conteúdo. O conteúdo normativo basilar da neutralidade de rede é a obrigação do tratamento equânime de toda informação que trafega na rede. Dentre os possíveis desdobramentos desse princípio, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre a influência do mesmo na dinâmica do mercado.

A neutralidade de rede distribui custos e estabelece uma estrutura de recompensas que pode incentivar ou desincentivar o investimento no desenvolvimento da infraestrutura de rede ou de novos aplicativos e conteúdo, o que gera impactos em diversos agentes econômicos, inclusive nos consumidores finais. Diante disso, o objetivo do presente trabalho é analisar os impactos concorrenciais dos acordos de *zero-rating*, sob a luz dos desdobramentos da neutralidade de rede no modelo de negócio em evidência.

Para atingir o escopo da pesquisa é necessária uma abordagem de caráter interdisciplinar, envolvendo Direito e Economia com a intenção de apresentar as consequências das normas jurídicas em evidência. Importa ressaltar que não se pretende exaurir a temática no presente artigo, mas apenas identificar algumas reflexões preliminares que possam colaborar no direcionamento de uma agenda de pesquisa sobre o assunto. Nesse sentido, o artigo divide-se em três seções.

A primeira seção será destinada a debater a natureza econômica da neutralidade de rede. Frisa-se que, dentre as suas possíveis gradações podem-se destacar duas, a “radical” e a

“flexível”. A “radical” relaciona-se com a impossibilidade das redes de telecomunicações que suportam o tráfego de Internet adotarem uma política de gestão de tráfego que impliquem na cobrança dos provedores de conteúdo e de aplicativos de acordo com o volume de tráfego de seus dados. A partir dessa perspectiva também não existe a possibilidade deles pactuarem qualquer discriminação de preço ou de qualidade entre os provedores. A “flexível”, por sua vez, é uma interpretação que permite uma política de gestão de tráfego de maneira a vedar apenas discriminação de preços que não gerem eficiências econômicas¹⁵.

No presente artigo, pretende-se defender uma interpretação intermediária, com uma postura mais próxima da neutralidade de rede flexível. Os acordos de *zero-rating* revelariam o exemplo concreto desta possibilidade de interpretação, ainda que os impactos concorrenciais não sejam negligenciáveis.

Na segunda seção desse trabalho serão explorados os pormenores da opção do Legislador quanto à neutralidade de rede, que está disposta no art. 9º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. O objetivo nesse momento é tentar dimensionar, no plano normativo, a intenção do Legislador e verificar como esse princípio interage com as normas concorrenciais dispostas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Para ilustrar as disputas e tentar aduzir melhor o conteúdo do referido princípio, foram expostos alguns discursos do debate entre os deputados, bem como algumas mudanças no projeto de Lei, que podem auxiliar para entender melhor os interesses envolvidos na questão em evidência.

Por fim, na terceira seção, a partir dos impactos econômicos da opção do Legislador, serão analisados os desdobramentos concorrenciais dos acordos denominados *zero-rating*, por meio do qual o uso de dados por certos aplicativos ou serviços não seria taxado por parte das operadoras de telecomunicações. Serão considerados os acordos específicos firmados entre quatro das principais operadoras de acesso à internet móvel no Brasil com diversos prestadores de conteúdo, especificamente de redes sociais, bem como a evolução desses acordos ao longo do tempo, de maneira a verificar a possibilidade ou não de enquadramento dessa conduta como infração à ordem econômica.¹⁶

¹⁵ Cf. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, Vol. 24, 2013. P. 237.

¹⁶ Para os detalhes sobre os acordos ver: CARNETI, Karen. Oi dá acesso gratuito ao Facebook e Twitter para clientes do Oi Galera. *Revista info*, 12 jan. 2015. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/2015/01/oi-da-acesso-gratuito-ao-facebook-e-twitter-para-clientes-do-oi-galera.shtml>>. Acesso em: 24 jun. 2015; G1. *Claro retoma promoções de redes sociais com acesso grátis*. 15 jun. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2015/06/claro-retoma-promocoes-de-redes-sociais-com-acesso-gratis.html>>. Acesso em: 24 jun. 2015; LANDIM, Wikerson. WhatsApp ilimitado chega ao pré-pago

2. A economia da neutralidade de rede

2.1 O mercado de dois lados: como garantir a inovação nas duas pontas?

Há inúmeras acepções ou sentidos para a ideia de neutralidade de rede. A mais corrente está vinculada à ideia de arquitetura da rede, ou seja, a como a rede mundial de computadores é desenhada. A inexistência de controle central na formação e na origem da rede, que se mantém até hoje, ainda que ela se encontre incrivelmente ampliada. Portanto, ela garante um livre tráfego de dados nas duas pontas da arquitetura, entre os provedores de conteúdo e aplicativos e usuários¹⁷.

Nesse sentido, estruturar e manter a rede neutra é garantir e fazer preservar a liberdade de encontro entre as duas pontas. Consiste, no mais das vezes, não criar obstáculos, modulações, restrições de conteúdo ou de acesso, além de não permitir discriminação entre o gigantesco número de participantes.

De toda forma, no debate sobre a neutralidade, aqui no Brasil e fora também (com ênfase para os Estados Unidos e Europa), há posições que oscilam em um espectro relativamente extenso, como se verá no ponto 2.3. Desde a neutralidade radical, sem espaço para qualquer espécie de restrição ou discriminação, passando por figuras mais flexíveis, admitindo algum arranjo comercial e de cobrança, até estruturas praticamente não-neutras, no qual se permitiria múltiplas alternativas de acesso e cobrança no uso da rede.

O debate acadêmico mais interessante foi e ainda é travado¹⁸ pelos professores Tim Wu, da Universidade Columbia, percussor da ideia de neutralidade forte em uma posição mais radical (ele cunhou a expressão tal qual adotamos atualmente)¹⁹ e Christopher Yoo, hoje

da TIM; saiba como habilitar. *Tecmundo*, 20 abr. 2015. Disponível em < <http://www.tecmundo.com.br/tim/78611-whatsapp-ilimitado-chega-pre-pago-tim-saiba-habilitar.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2015; VENTURA, Felipe. Vivo on adota franquia mensal de internet e não terá mais acesso ilimitado a sites. *Gizmodo Brasil*. 02 abr. 2013a. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/vivo-on-nao-tera-mais-acesso-ilimitado-a-sites/>>. Acesso em: 24 jun. 2015; VENTURA, Felipe. TIM e Claro oferecem acesso grátis ao Twitter pelo celular *Gizmodo Brasil*. 24 out. 2013b. Disponível em: < <http://gizmodo.uol.com.br/tim-claro-twitter-gratis/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

¹⁷ Para outros sentidos ver: RAMOS, Marcelo de. Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional. SEAE/MF. *Documento de Trabalho*, 41. Dezembro, 2006.

¹⁸ O documento mais interessante do debate é WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo debate. *Faculty Scholarship*, Paper 779, v. 59, n. 3 p. 575-592, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1778&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 24 jul. 2015.

¹⁹ Cf. WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and high Technology law*, v. 2, p. 141-179, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863>. Acesso em: 24 jul. 2015.

professor da Universidade da Pensilvânia, defensor de modelos mais flexíveis de neutralidade²⁰. Eles, por assim dizer, capitaneiam os dois grupos principais no debate sobre a neutralidade²¹.

Para além do ponto de vista acadêmico, não se pode esquecer dos grupos de interesse que disputam e fazem pressão para a regulação mais ou menos intensa da neutralidade: os provedores de conteúdo e aplicativos, os provedores de acesso e os usuários. Frisa-se que os mesmos nem sempre são coesos e harmônicos naquilo que defendem.

No debate sobre o tema, o presente artigo adota uma ideia intermediária da neutralidade de rede. Como se verá ao longo do mesmo, algumas válvulas de escape, inclusive interpretativas do Marco Civil da Internet, serão pensadas e discutidas, em especial tendo em conta a economia que sustenta a neutralidade de rede. A visão intermediária proposta no artigo está mais próxima da posição de Christopher Yoo, com a possibilidade de determinados arranjos de gestão de tráfego e acordos contratuais, sem ofensa ao regime de neutralidade de rede. Eventuais problemas poderiam ser endereçados pela aplicação da legislação de defesa da concorrência.

Um primeiro aspecto a ser realçado pela economia da rede²², que pode afetar a neutralidade, é que estamos diante de um mercado de dois lados. A literatura econômica afirma que um mercado de dois lados é aquele que se desenvolve economicamente distribuindo seus custos (ou gerando receita) de dois espectros de participantes, no qual uma figura central consegue se remunerar.

O caso clássico é o mercado de cartão de crédito, no qual o administrador do sistema tanto se remunera com a captura de taxas cobradas do lado dos lojistas (no credenciamento de quem vende), como no lado dos usuários no pagamento de anuidade ou no pagamento parcelado de juros na fatura (na atividade de fornecimento do cartão).

De toda a forma, um mercado de dois lados tem um arranjo que vincula necessariamente as duas pontas, em algum momento como demandantes e ofertantes simultâneos, o que os

²⁰ Cf. YOO, Christopher. *Beyond Network Neutrality*. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

²¹ Entre os defensores da neutralidade flexível é importante a referência ao grupo de pesquisadores do *Phoenix Center for Advanced Legal & Economic Public Policies Studies* e ao Prof. Robert Hahn do *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies*. Entre os defensores da neutralidade radical estão os célebres nomes ligados ao nascimento da Internet, como Vincent Cerf e Tim Berners-Lee, e acadêmicos como Lawrence Lessig, Professor na *Stanford Law School*.

²² Para uma visão ampla da economia de neutralidade de rede, ver: ECONOMIDES, N.; HERMALIN, B. *The Economics of Network Neutrality*. *RAND Journal of Economics*. V. 43, n. 4, p. 602-629, 2012. Disponível em: <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides-Hermalin_Economics_of_Network_Neutrality.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

diferencia de um mercado tradicional. Só há valor para um lado do mercado se o outro também cresce e se expande. Um é espelho do outro. No caso do cartão de crédito isto é muito evidente: quanto maior o número de lojas credenciadas, maior é a oportunidade de compra para os usuários; quanto maior o número de afiliados de uma determinada bandeira, maiores são as possibilidades de venda para os lojistas. O arranjo é sempre pensado para o desenvolvimento conjunto dos dois lados.

Replicada tal ideia na economia da internet constata-se que lidamos realmente com um mercado de dois lados²³. Uma grande praça central de encontro entre usuários e provedores de conteúdo que é feita pelos provedores de acesso. Ou seja, a estrutura (e ampliação) da rede proporcionada pelos provedores de acesso, criando a conexão entre usuários, de um lado, e provedores de conteúdo, de outro.

O que nos permite afirmar que:

(i) o valor da rede demanda o crescimento (e contínuo) dos dois lados do mercado, além da própria inovação. Usuários tiram maior valor e têm melhor experiência quanto maior for o número de provedores de conteúdo (além do próprio contato entre usuários). Os provedores de conteúdo, por sua vez, obtêm mais valor quanto maior for o número de usuários do seu aplicativo;

(ii) os provedores de acesso podem se remunerar dos dois lados da rede. Cobrar dos usuários pelo acesso, como normalmente se faz. Eles podem igualmente cobrar dos provedores de conteúdo ou estabelecer modelos de negócio remunerados. A ideia aqui é de distribuir e subsidiar custos de manutenção e ampliação da rede.

E mais: o arranjo do mercado de dois lados na rede potencializa os efeitos de inovação, em especial, por favorecer o crescimento dos dois lados simultaneamente. Além de possibilitar a inovação com custo relativamente baixo, destacando-se os provedores de conteúdo. Sendo assim, a neutralidade constitui a base do arranjo.

Entende-se que a rede necessita naturalmente de recursos para manutenção e ampliação. No entanto, ela não vem sem custos e também não é neutra quanto aos custos. Portanto, a percepção da rede como mercado de dois lados pode favorecer desenhos que contribuam para a sua expansão, com alguma flexibilização da ideia de neutralidade rígida, como se verá adiante.

2.2 O congestionamento no uso da rede: uma tragédia dos comuns

²³ Nessa linha ver: FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, Vol. 24, 2013.

A segunda perspectiva da economia da neutralidade de rede se vincula com a ideia de uma economia do congestionamento²⁴. Ou seja, há significativos custos de expansão da rede. Importa se levar em consideração que a estrutura e ampliação da rede não é dada necessariamente pelo Estado²⁵, pois a rede é custeada pelos atores privados e pelos imensos grupos que dela participam.

Daí decorre que o crescimento da rede, em número de participantes, gerou distorções na forma como alguns utilizam e demandam a estrutura da rede. Em particular, isto ocorre com os provedores de conteúdo pesos-pesados, como o Google; as redes sociais como o Twitter e o Facebook; e os inúmeros aplicativos de vídeo e voz, com destaque para o Youtube, Netflix e Spotify, por exemplo.

Todos esses provedores de conteúdo e aplicativos inovaram, com o acesso livre e neutro pela rede, e foram muito exitosos nas plataformas que idealizaram. Não se cuida de perseguir a inovação nesse sentido. Pelo contrário, a disseminação da inovação foi potencializada pelo mercado de dois lados e o arranjo neutro de funcionamento da rede. Este é o ambiente que se persegue, mas hoje há problemas decorrentes deste vertiginoso crescimento.

Ocorre que o uso intenso da rede por plataformas que demandam crescente espaço para trafegar seus dados, que é cada vez em maior volume, é acompanhado por dificuldades de expansão da rede com nível igualmente crescente de qualidade. A percepção de que a rede não suporta o volume de dados necessários para o seu bom funcionamento não é apenas intuitiva, mas também é constatada empiricamente²⁶.

Isso pode e deve se traduzir em gargalos de funcionamento, o que diminui o valor da rede e a experiência do usuário. No limite, se um congestionamento significativo fosse

²⁴ Cf. YOO, Christopher. Network Neutrality and the Economics of Congestion. *The Georgetown Law Journal*, v. 94:1847, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 abr. 2014.

²⁵ É possível pensar em um arranjo da estrutura da rede mantido pelo Estado. Uma coordenação global, no entanto, seria muito difícil para organizar investimentos. O artigo trabalha com a ideia de que a estrutura e expansão da rede é nitidamente privada, que é a forma como se organizam quase todos os provedores de acesso, de banda larga fixa ou móvel.

²⁶ Para um debate sobre o congestionamento da rede, ver: MOREIRA, Marcelo D.D.; FERNANDES, Natalia C.; COSTA, Luís Henrique M. K; e DUARTE, Otto Carlos M. B. *Internet do Futuro: Um Novo Horizonte*. GTA, COPPE/Poli – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.gta.ufrj.br/ftp/gta/TechReports/MFCD09.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016; e MARCON, Massimiliano; DISCHINGER, Marcel; GUMMADI, Krishna P.; VAHDAT, Amin. The Local and Global Effects of Traffic Shaping in the Internet. *SIGCOMM'08*, Washington, Agosto 17-22, 2008. Disponível em: <<http://conferences.sigcomm.org/sigcomm/2008/papers/p453-marconA.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016. Além disso, ver o caso *Comcast Corp. v. FCC* (600 F.3d 642) sobre as limitações/infrações na gestão do tráfego da internet.

enfrentado, o que não seria impensável, estar-se-ia diante da figura clássica da economia da tragédia dos comuns. Isto é, todos perderiam, no caso da utilização tão intensa de um recurso na origem não escasso, mas que se torna limitado, na proximidade do seu esgotamento (no nosso caso, congestionamento da rede), como uma tragédia coletiva.

Nessa linha, tomando o argumento do congestionamento como plausível, é indispensável pensar em uma forma de minorar os eventuais gargalos no uso da rede. A solução para esse impasse parece ser exatamente o arranjo do mercado de dois lados, de forma a permitir a redistribuição dos custos de manutenção e ampliação da rede.

A cobrança corrente recai sobre os usuários da rede, por meio dos provedores de acesso. Ainda que a cobrança diferenciada seja restrita – o que já provoca algum subsídio cruzado entre usuários, mas que é legítima do ponto de vista do acesso –, remunera-se a infraestrutura, via de regra, com valores específicos de acordo com a velocidade de acesso (no caso da banda larga fixa)²⁷ e de acordo com a quantidade de dados franqueados (no caso do acesso móvel). Há ainda alguma espécie de subsídio cruzado nas próprias redes de acesso móvel como, por exemplo, o serviço de voz bancando parte da infraestrutura de dados. A convergência tecnológica também permite ganhos cruzados que permitem bancar a infraestrutura da rede.

No entanto, no caso dos provedores de conteúdo, que utilizam intensamente a rede, embora exista alguma cobrança por tráfego, a literatura econômica salienta que o custo marginal para o grupo é praticamente zero²⁸. Ou seja, para os provedores, a distribuição do conteúdo na rede se faz com custo relativamente muito baixo. Há significativo custo de produção, mas o custo de replicação do conteúdo é próximo de zero. Como no mercado de dois lados somente um lado arca concretamente com os custos da rede, os provedores de conteúdo, demandando tráfego crescente, arcam com valores residuais para a rede, na sua proporção.

Dessa forma, são incentivados a utilizar ainda mais a rede, na linha da tragédia dos comuns. Quando o sistema de preços não funciona adequadamente, não sinalizando o real custo do uso da infraestrutura, abre-se a possibilidade para a utilização superdimensionada. Além

²⁷ Cf. RIBEIRO, Luci. *Estadão*. ANATEL determina que operadoras suspendam sistema de franquia para banda larga fixa. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,anatel-determina-a-operadoras-que-suspendam-sistema-de-franquia-para-banda-larga-fixa,1858196>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

²⁸ Cf. FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, Vol. 24, 2013; RIFKIN, JEREMY. *Sociedade com Custo Marginal Zero – A internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. São Paulo: M Books, 2016.

disso, a estrutura de incentivos²⁹ também não funciona adequadamente para impulsionar inovações tecnológicas de, por exemplo, empacotamento de dados, de forma a desafogar a rede. Como a infraestrutura não possui dono (neutralidade aqui como dispersão da propriedade), os incentivos são fracos para inovação tecnológica, que acaba ocorrendo somente em situações específicas e extremas.

Na combinação desses elementos da economia de rede, o artigo endereça a provocação de se investigar eventuais modelos de cobrança, de remuneração, que incidam, com semelhante peso, no lado do mercado dos provedores de conteúdo. É possível pensar em uma obrigação ou cobrança dos provedores de conteúdo de forma que auxiliem na manutenção e expansão da estrutura física da internet?

Sabe-se que repensar a rede nessa linha tem efeitos colaterais. Pode-se inibir a inovação do lado da criação de novos conteúdos e aplicativos. Talvez a cobrança aqui constitua uma barreira à entrada, antes inexistente. Talvez redunde em problemas concorrenciais, em razão de condutas verticais de fechamento do mercado. Pode-se pensar ainda que a remuneração extra dos provedores de acesso não redunde em aplicação na infraestrutura, mas simplesmente em aumento da rentabilidade.

O artigo, no entanto, trabalha com a ideia de que os eventuais custos desse novo arranjo mais do que são compensados pelos ganhos de manutenção e ampliação da rede (com a redução dos prejuízos decorrentes do congestionamento). Mas, para isso, a visão de neutralidade deve ser repensada, na linha intermediária a ser debatida.

2.3 A visão radical e a visão flexível da neutralidade de rede: a eficiência e a equidade no uso da rede

Uma visão radical da neutralidade de rede, pelo que se apreende, não permitiria qualquer espécie de discriminação ou de cobrança alternativa, mesmo no lado dos provedores de conteúdo³⁰. Há assim uma validação da forma de funcionamento original da rede. Embora

²⁹ Para uma análise da estrutura de incentivos na rede ver: CHOI, J.; KIM, B. C. Net Neutrality and Investment Incentives. *RAND Journal of Economics*, v. 41, n. 3, p. 1-42, 2010. Disponível em: <https://www.msu.edu/~choijay/NN-Rand_Final%20Version.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

³⁰ Cf. VAN SCHEWICK, B. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, p. 329-392, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812991>. Acesso em: 14 jun. 2015; e VAN SCHEWICK, B. Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like. *Stanford Law and Economics Olin Papers Series*. Working Paper No. 402, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684677>. Acesso em: 15 jun. 2015.

muito exitoso até agora, tal arranjo proporciona distorções, como a economia da rede tem evidenciado. Os casos de congestionamento e discussão atual sobre a franquia de uso na internet banda fixa são reflexos dessas dificuldades e uma tentativa de solução.

Em outro extremo, seriam permitidos inúmeros arranjos de cobrança, não só para os provedores de conteúdo, mas também para os usuários. Seria possível inclusive a diferenciação de pacotes de acesso, mais restritos ou mais amplos. O artigo não endossa tal alternativa, por óbvio. O próprio Marco Civil da Internet, ao regular a neutralidade, afastou completamente essa possibilidade. As críticas aqui são severas, com a possibilidade de “balcanização” da internet, criando classes de acesso, a internet *premium* e a internet básica, por exemplo, tal como na TV por assinatura.

No entanto, é possível antever uma neutralidade flexível ou intermediária que, em determinadas circunstâncias, permita modelos de negócio alternativos e/ou cobranças dos provedores de conteúdo pelos provedores de acesso. O caso *zero-rating* seria exatamente uma dessas alternativas. O artigo envereda por essa hipótese.

Não se quer antecipar aqui se tal alternativa pode resultar legítima ou não. O propósito desse trabalho é muito mais pensar em uma forma de interpretação da neutralidade, tal como posta no Marco Civil da Internet, o que inclui o decreto regulamentador³¹. E, na linha de uma neutralidade flexível, de um arranjo mais aberto, endereçar eventuais modelos de negócio para serem analisados pela disciplina concorrencial ao invés de caracterizá-los, de pronto, como ofensivos à ideia de neutralidade de rede. Diante disso, passa-se à análise dos contornos normativos da neutralidade de rede para entender melhor quais situações o Legislador pensou regular com o referido princípio.

3. Os contornos normativos da neutralidade de rede no Marco Civil da Internet

3.1 Os debates legislativos sobre o Marco Civil da Internet: a polêmica da neutralidade de rede

As primeiras manifestações legislativas brasileiras na tentativa de regular a utilização da Internet estavam relacionadas especialmente à criminalização de determinadas condutas dos

³¹ Até a presente data, o decreto não foi publicado, mas existe uma minuta do mesmo disponível em: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Minuta de Decreto que regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 para tratar das exceções à neutralidade de rede e indicar procedimentos para a guarda de dados por provedores de conexão e de aplicações*. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/texto-em-debate/minuta/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

usuários. Isso pode ser verificado desde o início da década de 1990 com o Projeto de Lei do Senado nº 152 de 21 de maio de 1991, sobre o uso indevido do computador, até a tramitação do Projeto de Lei nº 84 de 1999, conhecido por AI-5 Digital, que versava sobre os cibercrimes³². A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, por sua vez, tem como objetivo estabelecer um marco regulatório civil, com a finalidade de fixar regras claras que permitam segurança, previsibilidade e inovação nas iniciativas feitas na rede³³.

Esse deslocamento do tratamento legislativo gera desdobramentos em diversas outras áreas, como no Direito Concorrencial, que é o foco do presente trabalho. Nesse sentido, um desafio que se coloca ao pesquisador em Direito é investigar o contorno jurídico da neutralidade de rede, levando-se em consideração as reflexões já exploradas sobre suas possíveis gradações, radical e flexível. Para iniciar essa discussão, busca-se evidenciar a disputa entre os congressistas que apoiavam o Projeto de Lei 2.126/2011, tal qual defendido pelos deputados governistas, e os seus opositores. A pretensão é compreender melhor a decisão política do Legislador sobre o assunto a partir dos interesses que se revelam no enfrentamento entre os congressistas³⁴.

A primeira figura que toma relevância na discussão é o Deputado Federal Alessandro Molon do PT-RJ (hoje na REDE-RJ), que foi o relator do projeto de Lei e representa com fidelidade os interesses do governo³⁵. No dia 19 de setembro de 2012, em discurso na Câmara dos Deputados, ele afirmou que os três principais pilares do Marco Civil da Internet são: a proteção ao usuário, a garantia de liberdade de expressão e a neutralidade de rede. Sobre esse último, asseverou que se trata da exigência do tratamento isonômico e igualitário dos dados que trafegam na Internet, de maneira que não haja discriminação, privilégio ou prejuízo para

³² O referido Projeto de Lei foi transformado em Lei Ordinária nº 12.735, de 30 de novembro de 2012. Para explorar melhor o histórico de projetos de lei sobre o uso da internet ver: SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. *O direito achado na rede: a emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil*. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

³³ “Para inovar, um país precisa ter regras civis claras, que permitam segurança e previsibilidade nas iniciativas feitas na rede (como investimentos, empresas, arquivos, bancos de dados, serviços etc.). As regras penais devem ser criadas a partir da experiência das regras civis. Isso de cara eleva o custo de investimento no setor e desestimula a criação de iniciativas privadas, públicas e empresariais na área”. LEMOS, Ronaldo. *Internet Brasileira Precisa de Marco Regulatório Civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: jun. 2012.

³⁴ Destaca-se que a apresentação dos discursos dos Deputados não obedece uma regra cronológica. A opção foi de privilegiar a síntese dos principais argumentos para mostrar os desdobramentos mais polêmicos da neutralidade de rede, de maneira a facilitar a compreensão do leitor na interpretação das disputas em questão.

³⁵ Cumpre ressaltar que o então projeto de Lei teve autoria do Poder Executivo e, com fundamento no art. 64 da Constituição da República, ao mesmo foi solicitado o caráter de urgência para a sua apreciação. Esse tratamento evidencia a atenção especial do Governo Federal nesse projeto de Lei, o que acaba acirrando a disputa sobre os seus pontos mais polêmicos, sendo a neutralidade de rede um dos aspectos mais controvertidos.

qualquer pacote de dados, independente da origem, conteúdo ou destino. Segundo o mesmo, a garantia da neutralidade de rede protege a escolha do usuário e garante a livre concorrência no Brasil, pois, ao proteger a inovação, não haveria favorecimento de empresas específicas. Ele foi além e criticou a posição dos provedores de conexão (acesso):

De outro lado, também há resistência dos provedores de conexão. Afinal de contas, a neutralidade de rede, de alguma maneira, impede que os provedores de conexão ganhem muito mais dinheiro, como de fato poderiam ganhar. No entanto, Presidente, esse lucro excessivo que poderiam auferir sacrificaria a liberdade de escolha do usuário e a livre concorrência, que deve ser garantida no nosso País. Portanto, lamentamos que os provedores de conexão não apoiem a neutralidade de rede³⁶.

Esse excerto do discurso do Deputado Alessandro Molon reafirma que a neutralidade de rede foi tema que despertou a atenção dos provedores de conexão durante o processo legislativo. As teles tiveram seus interesses representados por outros congressistas, como é o caso do Deputado Federal Jutahy Junior do PSDB-BA, que em discurso proferido no dia 15 de abril de 2013, argumentou que o crescimento da quantidade de telefones celulares no Brasil engloba uma diversidade de perfis de usuários e que a neutralidade de rede acabaria inviabilizando qualquer modulação nos contratos com servidores de internet. De acordo com o mesmo:

Considerar todos os usuários como usuários que a usam maciçamente vai exigir que as redes que suportam a Internet sejam redimensionadas. E isso só pode ser feito com pesados investimentos, o que ampliará, de maneira descomunal, o custo dessa infraestrutura. Como a remuneração dos serviços não será compatível com o alto investimento, o resultado é uma conta que não fecha, uma equação falha, que acabará prejudicando a imensa maioria de internautas, já que os custos adicionais terão que ser rateados por todos, aumentando o preço do serviço para o consumidor final. A ampliação desses custos adicionais, por consequência, vai acabar também desviando o foco da massificação do acesso à Internet, o que deveria ser a prioridade de todos nós³⁷.

³⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão 255.2.54.O, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=255.2.54.O&nuQuarto=23&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:06&sgFaseSessao=PE&Data=19/09/2012&txApelido=ALESSANDRO%20MOLON,%20PT-RJ>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão 069.3.54.O, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=069.3.54.O&nuQuarto=32&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:33&sgFaseSessao=PE&Data=15/04/2013&txApelido=JUTAHY%20JUNIOR,%20PSDB-BA>>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Jutahy Junior (PSDB-BA).

O argumento central do Deputado Federal Jutahy Junior é que a neutralidade de rede impede que as provedoras de conexão façam contratos mais caros com os que consomem mais, o que acabaria aumentando de “maneira descomunal” o custo da infraestrutura, que é arcada pelas provedoras. Nesse mesmo sentido argumenta o Deputado Federal Ricardo Izar do PSD-SP: “[a neutralidade de rede] vai beneficiar o quê? As provedoras de rede vão ter que oferecer produtos mais caros. É como se, na linha de carros, a gente tivesse somente os carros de luxo, não mais houvesse carro popular³⁸”.

Diante disso, no plano do discurso, a oposição acabou representando os interesses das provedoras de conexão, enquanto que a base aliada e alguns outros deputados afirmavam ser a favor dos internautas. Entretanto, uma constatação importante a se fazer é que ao defender os interesses das prestadoras de conteúdo, também está se beneficiando grandes plataformas como Google, Facebook, Netflix, entre outras, afinal de contas, elas também serão privilegiadas pelo não repasse dos custos com a manutenção e expansão da rede, como se defendeu na seção 2. Essa seletividade na argumentação pode ser observada no discurso do Deputado Federal Edinho Bez do PMDB-SC, no dia 14 de novembro de 2012, que ao criticar o adiamento da votação do Marco Civil da Internet, afirmou:

A votação do marco civil da Internet foi adiada para a próxima semana. Existe uma pressão muito forte dos provedores de conexão, que têm procurado diversos Deputados e partidos para que não seja permitida a votação do projeto da maneira que está. Precisamos, no entanto, fazer uma reflexão para que esta Casa fique do lado do internauta, e não dos interesses econômicos dos provedores³⁹.

Esse trecho do discurso do referido deputado reforça que o repasse ou não dos custos de ampliar a infraestrutura da rede é uma das principais questões em jogo no debate sobre a neutralidade. Ao tratar do assunto, o Deputado Federal Ivan Valente do PSOL-SP retoma a reflexão sobre os interesses das empresas de telefonia, em especial a preocupação delas com o uso do Skype. De acordo com o mesmo, a neutralidade de rede é uma ameaça às teles, uma vez que garantem uma forma do usuário não arcar com os custos de uma cobrança por telefone.

³⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão: 295.2.54.O, 21 nov 2012 Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=295.2.54.O&nuQuarto=56&nuOrador=2&nuInsercao=5&dtHorarioQuarto=16:20&sgFaseSessao=OD&Data=07/11/2012&txApelido=RICARDO%20IZAR,%20PSD-SP>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ricardo Izar (PSD-SP).

³⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão: 308.2.54.O, 14 nov. 2012. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=308.2.54.O&nuQuarto=27&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:18&sgFaseSessao=PE&Data=14/11/2012&txApelido=EDINHO%20BEZ,%20PMD-SC>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Edinho Bez (PMD-SC).

Além disso, o referido deputado endossou a preocupação exposta no relatório da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda com os custos de entrada de novos produtores de conteúdo, já que haveria a possibilidade de cobrar duplamente pelo tráfego de dados. Outro ponto levantado pelo deputado do PSOL foi com a futura regulamentação das exceções à neutralidade de rede, que hoje está prevista no art. 9º da Lei⁴⁰, de acordo com o mesmo:

A questão é: quem determina esses requisitos técnicos? A última proposta na mesa falava em regulamentação pelo Poder Executivo. Mas, atendendo ao *lobby* das teles, o Ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, rapidamente foi à imprensa e declarou que a regulamentação deve ser transferida à ANATEL cujo histórico, já sabemos, tem ido com frequência ao encontro dos interesses das grandes operadoras de telecomunicações. O *lobby* das teles já excluiu da proposta original do Marco Civil que o Comitê Gestor da Internet no Brasil seja ouvido no momento da regulamentação dos critérios de neutralidade. Agora, as mesmas empresas querem tirar a prerrogativa do próprio Poder Executivo e passar para a ANATEL, que não tem sob sua esfera de atribuição a regulação das camadas da Internet acima da infraestrutura de redes⁴¹.

A preocupação do Deputado Federal Ivan Valente vincula-se à discussão sobre quem seria competente para regulamentar as exceções à neutralidade de rede. É importante frisar a sua constatação sobre a descrença do congressista na relação entre a ANATEL e o setor regulado⁴². Todavia, depois de aprovada, em seu art. 9, § 1º, a Lei dispõe que o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações serão ouvidos, mas a regulamentação será feita pelo Presidente da República.

A partir dos debates expostos e dos argumentos defendidos pelos dois blocos de deputados, percebe-se que dois interesses estão em choque, o das prestadoras de conteúdo e o das teles. O ponto central da polêmica durante os debates legislativos era saber quem deveria arcar com os custos com a expansão da rede, tendo a consciência que a decisão causaria

⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão 316.2.54.O, 21 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=316.2.54.O&nuQuarto=59&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=12:58&sgFaseSessao=BC&Data=21/11/2012&txApelido=IVA N%20VALENTE,%20PSOL-SP>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ivan Valente (PSOL-SP).

⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Discursos e Notas Taquigráficas, Brasília, Sessão 316.2.54.O, 21 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=316.2.54.O&nuQuarto=59&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=12:58&sgFaseSessao=BC&Data=21/11/2012&txApelido=IVA N%20VALENTE,%20PSOL-SP>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ivan Valente (PSOL-SP).

⁴² Essa descrença pode ser tomada como sinônimo de possível captura, para ficar em melhor consonância com as teorias da regulação econômica. Ver mais em: POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. Trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; Coutinho, Diogo R.; Oliva, Rafael (Orgs.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 49-80.

impactos na inovação de conteúdo. A partir disso, passa-se para a análise de como deve ser interpretada a neutralidade de rede tal qual é disposta no texto legal e qual o seu real impacto no Direito Concorrencial.

3.2 A neutralidade de rede enquanto norma de Direito Concorrencial?

O debate exposto entre os congressistas de certa maneira resgata uma questão que precede o processo legislativo ocorrido no Brasil com o Marco Civil da Internet. A discussão travada entre eles envolve os custos com a infraestrutura e a inovação no setor, ou seja, a reflexão que serve de pano de fundo é: onde está a inteligência das redes? Em outras palavras, qual a arquitetura da rede que aloca os custos de ampliação e manutenção da rede de maneira a permitir inovações que explorem o potencial criativo da internet?

De acordo com Barbara van Schewick, a internet original era baseada no princípio *end-to-end*, segundo o qual a rede foi desenhada para poder suportar uma grande variedade de aplicativos, de maneira que ela não precise ser mudada quando um novo programa é inventado. O resultado é que o agente inovador, que está na ponta, não tem necessidade de convencer o provedor que aquele produto é suficientemente lucrativo para ser disponibilizado na rede. O desdobramento disso seria a redução nos custos para inovações de conteúdo⁴³.

Houve, entretanto, um processo de fortalecimento dos provedores da rede com a viabilidade deles visualizarem quais aplicações que trafegavam nas redes, de maneira a permitir a possibilidade de interferência na liberdade dos aplicativos⁴⁴. Com o controle do que os usuários acessam, esse redimensionamento da gestão da rede levou a um desvio da compreensão original da internet. Nesse contexto, a neutralidade de rede é uma tentativa de restaurar essa perspectiva inicial de que a inteligência da internet está nas pontas, ou seja, de que a arquitetura da rede deve privilegiar a inovação dos servidores de conteúdo. Nesse sentido, o fato do debate público e legislativo colocar a neutralidade como temática central do Marco Civil da Internet revela uma preocupação com o poder de mercado dos sujeitos envolvidos, em especial das provedoras, o que se desdobra conseqüentemente em questões concorrenciais.

⁴³ VAN SCHEWICK, Barbara. *Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet*. Cambridge/MA, 13 jan. 2010. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2015. P.4

⁴⁴ LILLA, Paulo Eduardo. Marco civil da internet e a regulamentação da neutralidade de rede. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205139,51045-Marco+civil+da+internet+e+a+regulamentacao+da+neutralidade+de+rede>>. Acesso em: 24 jun. 2015. P. 1.

Diante disso, na medida em que a utilização da rede ou mesmo um modelo de negócio tem potencialidade de prejudicar algum competidor ou privilegiar, de maneira abusiva, determinado provedor de conteúdo, existe possibilidade jurídica para discutir a aplicação de normas de Direito da Concorrência⁴⁵. Portanto, o Legislador, ao estabelecer a neutralidade de rede, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor como fundamentos do uso da internet do Brasil, reforça a viabilidade de aplicação das normas que versam sobre infrações à ordem econômica dispostas na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Isso posto, parte-se para entender os contornos jurídicos da neutralidade de rede, tal qual está disposta no texto legal⁴⁶. Para isso, importa destacar que os substitutivos apresentados pelo então relator do Marco Civil da Internet abrem importante discussão sobre a finalidade dessa norma. Isso porque a proposta do relator, que foi transformada em lei, pode ser interpretada como uma mitigação do conceito radical que era adotado no projeto inicial. De acordo com Cláudio Nazareno, as versões anteriores do então projeto de lei, só permitiam a interferência no tráfego para resolver problemas técnicos e priorizar tráfego de serviços de emergência. Dessa maneira, elas não possibilitavam a otimização da rede e criação de novos negócios para as provedoras de conexão, como a priorização de determinados parceiros, por exemplo⁴⁷.

Entretanto, a atual redação indica que a “degradação da rede” poderá dar suporte a serviços de emergência e para atender “requisitos técnicos indispensáveis à *prestação adequada do serviço*”. Além disso, ressalta-se que o relator propôs acréscimo do art. 3º, VIII, que explicita a “liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não

⁴⁵ Importa frisar que a preocupação da defesa da concorrência é com o ambiente competitivo e não com o competidor. RAGAZZO, Carlos Joppert. Notas introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 10, 2006. P. 86.

⁴⁶ Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.
§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve: I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia; III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

⁴⁷ NAZARENO, Cláudio. *Nota técnica: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015. P. 6.

conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei” como princípio do uso da internet⁴⁸. Nesse sentido, ao se concordar com a ótica de Cláudio Nazareno, entende-se que a legislação do modo que está posta hoje possibilita a oferta de pacotes diferenciados pelas empresas de telefonia, como é o caso de planos de acesso ilimitado a redes sociais ou determinados conteúdos audiovisuais⁴⁹.

Apesar da possibilidade de abertura criada pela inclusão do art. 3º, VIII, oriundo de uma negociação com as teles para a aprovação do então projeto de Lei, pontua-se que, para alguns congressistas, essa liberdade não está de acordo com a inteligência do Legislador, ao analisar o Marco Civil da Internet como um todo. Isso se percebe especialmente nas falas do grupo de deputados liderados por Alessandro Molon, que defendiam a interpretação da neutralidade de rede na sua acepção mais restritiva.

Diga-se de passagem, o referido deputado, depois de apresentar o substitutivo, afirmou que o art. 3º, VIII deve ser interpretado de acordo com a neutralidade de rede, o que necessariamente inviabilizaria esse tipo de liberdade das provedoras na hora de contratar. Inclusive, quando ele foi perguntado sobre a possibilidade de acordos OTTs (over-the-top-content), nos quais as empresas que exigem muita banda larga fazem acordos específicos com as teles, ele afirmou:

O acordo que as empresas de telecomunicações estão sugerindo é possível? [Deputado Federal Alessandro Molon] Não pode. O conceito de neutralidade é cristalino. Não pode haver discriminação de pacotes de dados pela rede em função da sua origem, conteúdo, destino, serviço, terminal ou aplicação. Não há como contornar o que está posto na lei, mas apenas respeitar a lei. Por isso o parlamento discutiu por tanto tempo essa lei, por isso ela é considerada a mais avançada do mundo e por isso que ela coloca o Brasil na vanguarda desse debate. E ela terá de ser cumprida. Não há como contornar⁵⁰.

⁴⁸ O comparativo entre o projeto inicial e a proposta do relator pode ser vista em: IDGNOW! *Molon torna públicas novas mudanças no Marco Civil para tentar votar já*. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/blog/circuito/2013/12/11/molon-torna-publicas-novas-mudancas-no-texto-do-marco-civil/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

⁴⁹ Todavia, o que parece ser unânime é que a neutralidade de rede não permite a restrição de tráfego por motivos concorrenciais como nas situações em que as empresas de telefonia restrinjam o tráfego de outras que oferecem telefonia pela internet. NAZARENO, Cláudio. *Nota técnica: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015. P. 7

⁵⁰ RONCOLATO, Murilo. *LINK Estadão*. Não há como contornar o que está no Marco Civil. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/e-impossivel-burlar-o-que-esta-no-marco-civil-diz-relator/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

Demi Getschko reforça essa linha de pensamento e argumenta que se deve manter a interpretação da neutralidade mais restritiva. Em consonância com a visão do Deputado Molon, ele afirma que as exceções devem ser estritamente técnicas, como por exemplo a discriminação de tráfego para: i) impedir ataques de negação de serviço, ou seja, quando um servidor é bombardeado por tentativas de computadores-robôs, os *bots*, com objetivo de filtrar ataques de origens fictícias; ou ii) não aceitar envio de mensagens eletrônicas pela porta 25, o que objetiva diminuir a quantidade de spams no Brasil⁵¹.

Apesar dessas ponderações, conforme já foi apontado, a neutralidade de rede vem como uma forma de tentar readequar a arquitetura da rede à intenção inicial da internet, qual seja, priorizar a inovação dos servidores de conteúdo – essa foi a decisão política tomada pelo Legislativo. Todavia, tendo em vista os apontamentos acerca da economia da neutralidade de rede, em especial, da ideia de mercado de dois lados, a impossibilidade de discriminar os provedores de conteúdo pode agravar problemas futuros no que tange à infraestrutura e problemas de congestionamento.

Além disso, sobre as questões concorrenciais em si, faz-se necessária a utilização da inteligência da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 para as eventuais investigações de infrações à ordem econômica. Em outras palavras, a neutralidade de rede por si só não supre a complexidade concorrencial do tema. Dessa forma, apesar de não ser objeto do presente trabalho, é importante pontuar um questionamento: esse marco legal realmente propicia o nascimento de novas empresas prestadoras de serviço de conteúdo ou é uma estrutura normativa que reforça o poder de mercado das grandes plataformas? Tentar resgatar o modelo original da internet sem levar em consideração o poder de mercado das prestadoras de conteúdo realmente vai garantir um ambiente sem barreiras à entrada para pequenos inovadores⁵²?

Cumprido frisar que a previsão legal para regulamento do Presidente da República vai dispor sobre os “requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações” e “priorização de serviços de emergência”⁵³. O que se pode constatar é que existe

⁵¹ SOUZA, Antônio. Pontos como exceções à neutralidade e guarda de registro aguardam regulamentação. In: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Marco Civil modo de usar*. Ed. 08, ano 06, 2015. Disponível em: <<http://nic.br/media/docs/publicacoes/3/revistabr-jpg-ed8.pdf>>. Acessado em: 15 ago. 2015. P. 6.

⁵² Essa questão merece ser analisada conjuntamente ao polêmico acordo entre Governo Federal e o Facebook, que pretende ampliar a inclusão digital, com alguns acessos exclusivos a serviços prestados apenas pelo Facebook. Ver críticas em: G1. *Entidades entregam carta a Dilma com críticas a acordo com Facebook*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/04/entidades-entregam-carta-dilma-com-criticas-acordo-com-facebook.html>>. Acessado em: 24 jun. 2015.

⁵³ O próprio Ministro das Comunicações, Ricardo Bezoini, afirmou que se deve buscar um modelo de negócios que viabilize a remuneração devida às empresas de telecomunicação. A preocupação dele é que as grandes

uma nova investida das provedoras na tentativa de flexibilizar a neutralidade de rede, como se verifica na Consulta Pública nº 8/2015 realizada pela ANATEL⁵⁴.

Não se sabe até que ponto poderá haver revisão da perspectiva mais restritiva da neutralidade de rede, mas uma coisa pode ser constatada: existe forte pressão das teles para que o quadro legislativo permita maior liberdade na hora de formular seus modelos de negócio. O que é importante destacar é que essa flexibilidade não é obrigatoriamente negativa para o desenvolvimento e ampliação da rede. Para tanto, não deve haver discriminação dos usuários, mas tão somente entre provedores de conteúdo e as teles, que é o que defende o presente artigo, com apoio em uma visão intermediária da neutralidade de rede

Sendo assim, pode-se afirmar que a neutralidade só permite solucionar as questões concorrenciais se for interpretada em conjunto com as normas da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, em especial no que tange às infrações à ordem econômica. Isso posto, na próxima seção serão abordados os potenciais impactos concorrenciais dos acordos de *zero-rating*. Essa análise será feita a partir das constatações sobre a dinâmica da economia da neutralidade de rede, com especial atenção aos contornos dessa norma no ordenamento jurídico brasileiro após a aprovação do Marco Civil da Internet. A intenção é trazer algumas contribuições no debate da aplicação da legislação de defesa da concorrência nos casos que envolvem contratos celebrados sob a aplicação da neutralidade de rede.

4. Análise concorrencial dos acordos de *zero-rating*

4.1 Definição e estado atual do *zero-rating* no Brasil

Após a análise da economia da neutralidade de rede e o esforço em compreender seus contornos jurídicos postos no Marco Civil da Internet, deve-se averiguar os impactos concorrenciais dos acordos denominados *zero-rating*. Estes acordos representam um modelo

produtoras de conteúdo não pagam pelo alto tráfego de dados gerados pelo seu serviço. RODRIGUES, Eduardo. *Estadão*, 18 maio 2015. Operadoras querem contornar neutralidade de rede. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operadoras-querem-contornar-neutralidade-de-rede-imp-1689284>> Acesso em: 25 jun. 2015.

⁵⁴ Importa lembrar da discussão que houve durante os debates legislativos sobre a possibilidade da ANATEL ser a responsável por regulamentar a questão. Em termos institucionais, a concepção das agências reguladoras baseia-se especialmente na capacidade desses órgãos exercer esse tipo de competência, que exige um conhecimento técnico muito específico e uma velocidade maior na hora de produzir determinadas normas. Entretanto, alguns deputados se mostraram descrentes com a autonomia da ANATEL, o que pode ser considerado como um motivo para essa opção do Legislador. Como já foi elucidado, na redação final, a ANATEL e o CGI serão ouvidos, mas o decreto será presidencial.

de negócio de substancial interesse para o estudo sobre a normatividade da neutralidade de rede, além de apresentarem potenciais consequências a serem analisadas sob a luz do Direito da Concorrência.

Inicialmente, é necessário definir o conceito de *zero-rating*. Embora uma definição precisa possa ser problemática, pode-se destacar o recorte feito pela ANATEL em sua proposta de consulta pública sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet:

Atualmente, algumas prestadoras brasileiras de telefonia móvel oferecem aos seus usuários a gratuidade do tráfego de dados na fruição de conteúdos de determinadas aplicações, tais como redes sociais e ferramentas de mensagens instantâneas. Existem diversas práticas de tarifa zero (*zero rating*), tais como: (i) a prestadora seleciona uma aplicação específica para que o tráfego gerado pelo acesso a essa aplicação não seja cobrado do usuário; (ii) a prestadora isenta o usuário da cobrança de dados para aplicações de interesse público e sem fins comerciais; (iii) o provedor de aplicação e conteúdo paga diretamente a prestadora pelo tráfego gerado por seus usuários (acesso patrocinado)⁵⁵.

Para os efeitos deste artigo, será considerada uma definição similar às definições sugeridas pela ANATEL nos itens (i) e (iii) acima: *zero-rating* é a prática por meio da qual uma operadora de telefonia móvel garante o acesso e fruição de certos aplicativos ou serviços sem que a transferência de dados envolvida neste acesso e fruição seja considerada para efeito de cobrança ou cálculo do consumo da franquia a que o usuário tem direito.

Para que se possa vislumbrar a relevância atualmente dedicada a acordos de *zero-rating*⁵⁶, é possível fazer um breve quadro analítico destes acordos efetivamente realizados no Brasil. Para tanto, limitou-se a análise a quatro das principais operadoras de telefonia móvel do Brasil (TIM Brasil S.A. – “TIM”, Telemar Norte Leste S.A. – “Oi”, Telefônica Brasil S.A. – “Vivo”, e Claro Telecom Participações S.A. – “Claro”). Também se optou por restringir o mercado analisado a acordos de *zero-rating* relativos a serviços de redes sociais, por meio de aplicativos ou de sites específicos para aparelhos móveis. Com isso, não se analisou os casos de *zero-rating* em demais serviços ou conteúdo⁵⁷.

⁵⁵ ANATEL. *Neutralidade de Rede – Proposta de Consulta Pública à Sociedade Sobre a Regulamentação Prevista no Marco Civil da Internet*. 2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/file/download/157>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

⁵⁶ As expressões “prática”, “acordo”, “política” e “contrato”, quando relativas a *zero-rating*, podem ter conotações diferentes. Entretanto, para os limites da discussão proposta no presente artigo, estas expressões serão utilizadas com significado idêntico, referindo-se, sempre, à existência do *zero-rating* propriamente dito.

⁵⁷ Como, por exemplo, o acordo de *zero rating* firmado entre a TIM e o aplicativo Waze, ver: VIEIRA, Douglas. *Tecmundo*, 10 abr. 2014. Parceria entre TIM e Waze oferece navegação gratuita no aplicativo. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/tim/53441-parceria-entre-tim-e-waze-oferece-navegacao-gratuita-no-aplicativo.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

Dentro dos limites metodológicos propostos, foi possível construir o seguinte quadro analítico sobre a situação histórica e atual dos acordos de *zero-rating* no Brasil⁵⁸:

| Quadro Analítico de Acordos de <i>zero-rating</i> | | | |
|----------------------------------------------------------|------------------------------------------------|----------------------|----------------|
| Operadora | Sites Abarcados pelo <i>zero-rating</i> | Início (est.) | Término |
| Vivo | Redes Sociais em geral | 15/07/2010 | 31/03/2013 |
| Claro | Facebook | 02/08/2013 | 15/04/2015 |
| Claro | Twitter | 01/10/2013 | n/a |
| TIM | Twitter | 24/10/2013 | n/a |
| TIM (Planos Controle) | Whatsapp | 26/11/2014 | n/a |
| Oi | Facebook e Twitter | 12/01/2015 | n/a |
| TIM (Planos Pós-Pagos) | Whatsapp | 24/02/2015 | n/a |
| TIM (Planos Pré-Pagos) | Whatsapp | 20/04/2015 | n/a |
| Claro | Facebook, Twitter e Whatsapp | 15/06/2015 | n/a |

Fonte: elaboração pelos autores

Chama a atenção, inicialmente, que das quatro operadoras objeto da análise, apenas uma (Vivo) aparenta não ter nenhum programa de *zero-rating* atualmente em vigência. Ademais, deve-se atentar para as datas de adoção (e, quando aplicável, de término) das políticas: considerando a vigência do Marco Civil da Internet a partir de junho de 2014, a grande maioria dos planos de *zero-rating* é posterior à vigência da lei.

O mínimo que se pode afirmar é que a licitude dos acordos de *zero-rating*, ao menos em relação à neutralidade de rede, está em discussão, como se verifica da proposta de consulta pública sobre a regulamentação do Marco Civil da Internet proposta pela ANATEL, que

⁵⁸ Para o levantamento dos dados e datas informados no quadro, foram utilizados, principalmente, notícias de sites especializados acerca das políticas de *zero-rating*. Em alguns casos, datas precisaram ser aproximadas. A ausência de transparência sobre políticas de *zero-rating* – que podem ter características diferentes para cada operadora, bem como apresentar prazos de duração específicos, por exemplo – dificulta a consolidação de dados precisos. Entretanto, considerando as informações disponíveis, o quadro representa os principais casos históricos e a atual situação do *zero-rating* no Brasil.

dedicou posição central ao debate sobre a legalidade de modelos de negócio – como o *zero-rating* – em face do princípio da neutralidade de rede⁵⁹.

Assim, pode haver um confronto entre o princípio da liberdade de modelos de negócio promovidos na internet (materializada no inciso VIII do artigo 3º do Marco Civil da Internet) e a impossibilidade de distinção dos pacotes por serviço ou aplicação (prevista no *caput* do artigo 9º, também do Marco Civil). Os acordos de *zero-rating* encontram-se exatamente nessa fronteira entre a possível discriminação permitida nos termos do §1º do artigo 9º do Marco Civil, maximizando a liberdade de modelos de negócio, e, do outro lado, o risco de ferir a neutralidade de rede, dependendo de sua interpretação mais ou menos restritiva.

Entretanto, para que se possa fazer uma análise mais adequada acerca do *zero-rating* é importante compreender, primeiro, o papel da economia do *zero-rating* dentro da economia da rede.

4.2 A Economia do *zero-rating*

Para se entender a economia do *zero-rating* é necessário tratar as duas espécies dessa prática de forma distinta: o acesso gratuito estabelecido unilateralmente por parte da operadora (que será denominado, nesse artigo, de acesso gratuito), e o acesso patrocinado, em que o provedor de serviço ou conteúdo arca com o custo do acesso por parte dos usuários (que, por sua vez, passam a acessar aquele serviço/conteúdo de forma gratuita). Como não é possível conhecer, em detalhes, quais políticas de *zero-rating* são baseadas em acesso gratuito e quais são baseadas em acesso patrocinado, é fundamental analisar as duas possibilidades.

No caso do acesso gratuito, a operadora que toma a decisão de garantir o acesso gratuito (e, portanto, internaliza o custo desse acesso) pode fazê-lo, por exemplo, como meio de aumentar sua base de clientes. Ao oferecer para seus clientes o acesso a certos aplicativos ou conteúdos a custo de dados zero, a operadora pode estar oferecendo ao mercado significativo diferencial competitivo.

O interesse dos clientes em acessar certas aplicações faz com que o *zero-rating* de acesso gratuito seja um atrativo em favor das operadoras que o oferecem. Tal análise poderia explicar, por exemplo, a ausência de políticas de *zero-rating* por parte da líder de mercado Vivo, que

⁵⁹ ANATEL. *Neutralidade de Rede – Proposta de Consulta Pública à Sociedade Sobre a Regulamentação Prevista no Marco Civil da Internet*. 2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/file/download/157>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

detém a liderança do mercado há pelo menos cinco anos, com atuais 29,24% de participação do mercado⁶⁰. Já as operadoras TIM e Claro – respectivamente segunda e terceira colocadas no mercado, com 26,49% e 25,20% – poderiam adotar estratégias de *zero-rating* mais agressivas para tentar alavancar sua posição no mercado. Entretanto, esse raciocínio não explicaria a posição conservadora da operadora Oi, quarta colocada no mercado com 17,79%, em relação ao *zero-rating*⁶¹. Alternativamente, pensar em *zero-rating* como acordos bilaterais patrocinados – acesso patrocinado – apresenta algumas consequências interessantes.

Como já estabelecido anteriormente, a internet se comporta como um mercado de dois lados em que, excepcionalmente, apenas um dos lados (os usuários) arcam com o custo de manutenção e expansão da rede, por meio de assinaturas mensais. Nesse contexto, acordos de *zero-rating*, da subespécie acesso patrocinado, podem representar uma forma de distribuição dos custos da rede, garantindo que o mercado se comporte como um mercado de dois lados tradicional, em que ambas pontas do mercado contribuem para a estrutura que utilizam. Há, inclusive, indícios de que as políticas de *zero-rating* costumam ser fruto de acordos de acesso patrocinado, embora não seja possível afirmar isso de forma taxativa, tendo em vista a pouca transparência desses acordos:

Isto (*a política de expansão*) faz parte da série de acordos que Twitter e Facebook estão firmando com operadoras ao redor do mundo. O programa Twitter Access, que começou na Índia, tem como objetivo facilitar o acesso ao Twitter – inclusive através de celulares simples.

Segundo o New York Times, a rede social já fechou acordo com cerca de 250 operadoras em mais de 100 países. O Twitter se prepara para uma estreia de até US\$ 1 bilhão na bolsa de valores, e quer expandir sua base de usuários – especialmente no celular. O Twitter diz que, no Brasil, 50% dos acessos já são realizados através de smartphones. No mundo, são mais de 60% dos usuários.

Enquanto isso, o Facebook fecha acordos com operadoras no mundo também. No Brasil, clientes da Oi podem acessar o Facebook Messenger sem usar a franquia de dados. No mundo, 67% dos usuários acessam diariamente a rede através do celular.⁶²

Os benefícios da adoção do *zero-rating* já vêm sendo percebidos por pelo menos um dos agentes, a TIM, que identificou aumento no ARPU (*average revenue per user* – receita média por usuário) nos planos com acesso *zero-rating* ao *WhatsApp*. Mais do que isso, chama

⁶⁰ FOLHA DE SÃO PAULO. “WhatsApp é ‘pirataria pura’, afirma presidente da Vivo”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/08/1666187-whatsapp-e-pirataria-pura-afirma-presidente-da-vivo.shtml#>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁶¹ Dados do mercado para maio de 2015. Cf. TELECO. *Market Share das Operadoras de Celular no Brasil*. 25 jun. 2015. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/mshare.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁶² VENTURA, Felipe. TIM e Claro oferecem acesso grátis ao Twitter pelo celular *Gizmodo Brasil*. 24 out. 2013b. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/tim-claro-twitter-gratis/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

a atenção a preocupação com a capacidade de a rede suportar o aumento de tráfego decorrente do *zero-rating*:

Um estudo da operadora mostrou que a promoção tem impacto na rede da operadora a partir do aumento de tráfego de dados. “A rede está preparada e a oferta foi dimensionada”, afirmou Abreu. O executivo destacou também que a estratégia estimula o uso de dados ao mesmo tempo em que elimina a dependência na comunidade — fomentar o uso dos serviços de telecomunicações entre clientes da mesma operadora.

O presidente da TIM ressaltou a importância dos aplicativos que usam a rede de telecomunicações (chamados de *over-the-top*) para fomentar o consumo de dados, uma vez que os usuários não querem ficar restritos a apenas um serviço. “Ao longo do tempo, vai existir uma menor dependência em um único aplicativo. A ARPU do plano Controle WhatsApp é maior porque o cliente quer ter mais consumo de dados”, disse.

Impulsionado pelo WhatsApp, o plano Controle pós-pago apresentou crescimento de 23% no primeiro trimestre deste ano na comparação anual. A estratégia da telco vai ao encontro da migração dos serviços de voz para dados, inclusive com a primeira sendo incorporada por aplicativos que usam VoIP. “Minha visão no longo prazo é de que voz deixará de ser tarifada separadamente e ficará dentro de pacotes de dados, porque já vemos a substituição de dados por voz”, adiantou Abreu.

No balanço apresentado, nota-se claramente esta tendência, uma vez que a receita média por cliente (ARPU) cresceu 29% na comparação anual no 1T15, enquanto ARPU de voz e SMS sofreram reduções. Os serviços de dados alcançaram 34 milhões de usuários, 27% a mais que no 1T14, totalizando 45% da base de usuários.⁶³

A partir dos dados apresentados pela operadora, pode-se perceber a existência de estímulos econômicos para a prática do *zero-rating*, que apresentou receita por usuário superior aos planos sem esse tipo de dado, tornando lucrativo o aumento prévio da estrutura da rede para suportar o consumo adicional de dados. A questão que deve ser levantada, porém, é que se a receita média por cliente (ARPU) aumentou, então o mercado de dois lados, ao menos na modalidade acesso gratuito, poderia continuar sendo financiado por apenas um dos lados, ou de modo assimétrico; não é possível afirmar, nesse caso, que o provedor do aplicativo tenha de alguma forma contribuído para o custeio da rede – e, conseqüentemente, que tenha havido um incentivo para a distribuição nos dois lados do mercado dos custos da estrutura da rede.

Uma vez feita a análise preliminar sobre como o *zero-rating* poderia, em potencial, impactar a economia da rede, deve-se passar à análise inicialmente proposta: afinal, o *zero-rating* fere ou não a neutralidade de rede?

⁶³ PRESCOTT, Roberta. *Convergência Digital*, 06 mai. 2015. TIM adianta que acesso gratuito ao WhatsApp tem data para acabar. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=39515&sid=8>. Acesso em: 25 jun. 2015.

4.3 Zero-rating e neutralidade de rede

Como visto acima, a adoção das políticas de *zero-rating* pode ser positiva: por meio do acesso gratuito, como estímulo pró-competitivo entre as operadoras de celular; ou por meio de acesso patrocinado, como forma de distribuição mais eficiente dos custos de manutenção e expansão da rede. Esses elementos, porém, não abordam uma questão anterior: antes de se analisar os impactos potencialmente positivos do *zero-rating*, esses acordos sequer seriam possíveis diante da neutralidade de rede estabelecida no Marco Civil da Internet?

Demi Getschko, diretor-presidente do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC-BR, afirma que o modelo de internet móvel, assentado em uma franquia máxima mensal, apresenta características tais que legitimariam o *zero-rating* em face da neutralidade de rede, já que não haveria limitação de acesso a nenhum conteúdo, de modo que a franquia efetivamente percebida pelo usuário seria maior do que a contratada:

O que se busca com a neutralidade, então? A meu ver, queremos que a experiência total de rede esteja disponível a todos. Que se possa provar de tudo, como num imenso bufê, porque é dessa exposição que deriva o crescimento da rede, o surgimento de novos aplicativos, o ativismo da comunidade.

A forma com que se chega à rede é um dos complicadores dessa discussão e afeta nossa experiência. Ligados de forma perene, em casa ou no trabalho, teremos disponível uma “capacidade”, uma bitola de cano que nos liga ao manancial da internet. Mas se a estivermos usando de forma móvel, via telefone, o que temos não é “bitola de cano”, mas “tamanho de balde”: a franquia.

De qualquer forma, seja no acesso fixo, seja no móvel, a neutralidade defende que nenhum destino nos seja vedado, nenhuma aplicação restringida ou tecnicamente privilegiada. A rede é rica e nela há serviços pagos e serviços grátis, mas esse não pode ser critério que privilegie ou obste tecnicamente um serviço.

Se eu contrato uma franquia de “x” gigabytes, devo poder usá-la como quiser, até o último byte. Pode ser que alguns serviços, devido a acordos comerciais, não gastem minha franquia, e isso pode ter efeitos em áreas como a de competição ou a econômica mas, em meu entendimento, se o meu livre arbítrio em usar o que contratei estiver preservado, e se os “pacotes de dados” não forem priorizados, não perco neutralidade com isso. Penso, assim, que a discussão sobre bytes que gastam a franquia e outros que não gastam, cabe dentro de uma rede que não restringe o arbítrio do usuário, tecnicamente neutra. Poderia isso deformar o cenário competitivo e econômico? Pode ser.⁶⁴

⁶⁴ GETSCHKO, Demi. *Blog Por Dentro da Rede – Estadão*, 08 fev. 2015. O Marco Civil não é a cura de todos os males. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/demi-getschko/o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-os-males/>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

Essa análise, porém, parte de uma posição em que a neutralidade apenas seria quebrada se houvesse alguma espécie de limitação de conteúdo. A legislação, por outro lado, não se limita apenas a essa referência (limitação de conteúdo) ao estabelecer o princípio da neutralidade de rede.

O artigo 9º da Lei nº 12.965 de 2014, que materializa o princípio da neutralidade de rede, afirma que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”. Entende-se, notadamente a partir dos debates legislativos, que a opção inicial do legislador foi por se aproximar de uma perspectiva rígida de neutralidade de rede, por meio da qual qualquer distinção, como regra, fere a neutralidade. Essa aparente rigidez, porém, pode ser flexibilizada pelo regulamento mencionado anteriormente. Além disso, o distanciamento da perspectiva mais rígida pode decorrer da análise da neutralidade de rede como um princípio a ser sopesado com os demais princípios norteadores do Marco Civil da Internet.

Diante disso, duas possíveis interpretações da licitude dos acordos de *zero-rating* são possíveis. A primeira toma como base uma concepção mais restrita da neutralidade de rede. Ou seja, quando confrontado com a regra geral estabelecida pelo *caput* do artigo 9º, os acordos representariam uma infração à neutralidade: ao estabelecer que pacotes de dados provenientes de um determinado aplicativo não serão ‘cobrados’ da franquia do usuário há uma distinção no tratamento em virtude da aplicação ou origem. Portanto, diante de uma interpretação rígida de neutralidade, exceto se houver expressa possibilidade de discriminação de preços na regulamentação infralegal, os acordos de *zero-rating* seriam “não-neutros” na perspectiva do artigo 9º.

A segunda interpretação, a qual se defende no presente artigo, decorre de uma visão mais flexível da neutralidade de rede. Diante disso, certos níveis de “não-neutralidade” são possíveis, tendo em vista outros princípios ou estímulo a certas condutas. Nesse caso, os acordos de *zero-rating* poderiam ser permitidos em regra (ou não proibidos *a priori*), tendo sua ilicitude analisada *a posteriori*, havendo indícios de ilicitude, como por exemplo, infrações concorrenciais.

Nessa linha, é interessante notar que Demi Getschko, no trecho acima citado, conclui que sua análise se limita ao aspecto da neutralidade, reconhecendo a possibilidade de tratamento concorrencial do *zero-rating*. Ao apontar o possível benefício do consumidor, que perceberia

mais dados do que sua franquia originalmente permitia, ele sugere uma interessante reflexão: poderia o *zero-rating* ter efeitos positivos no bem-estar do consumidor? Ou seja, a licitude dessa prática não se limita à aplicação do Marco Civil da Internet, pois deve ser atrelada com a aplicação das normas de Direito da Concorrência.

4.4 Análise concorrencial do *zero-rating*

Se o regulamento do Marco Civil da Internet não indicar uma flexibilidade da compreensão rígida da neutralidade de rede, os acordos de *zero-rating* deverão ser compreendidos como ilícitos, com base no *caput* do artigo 9º do próprio Marco Civil. Essa proibição, porém, desconsidera os potenciais efeitos positivos que estes acordos podem ter. O risco de se ter uma regulação que proíba uma conduta de forma ampla é exatamente o risco de que, para se evitar a ocorrência dos casos indesejáveis, acabe-se incluindo na proibição os possíveis casos que trariam efeitos benéficos. Assim, haveria uma regulação excessivamente abrangente. É o que parece acontecer no caso da proibição dos acordos de *zero-rating*.

A prática do *zero-rating* de acesso gratuito (com internalização do custo dos dados pela operadora), por exemplo, poderia ser uma ferramenta pró-competitiva no mercado das operadoras. Cada agente desse mercado poderia modular seus pacotes de dados, preços, e aplicativos/conteúdos com acesso *zero-rating* de acordo com o interesse do mercado e com os interesses de cada nicho demográfico de usuários. Na perspectiva dos usuários, esse modelo poderia aumentar o acesso aos aplicativos ou conteúdo que fossem de seu maior interesse. Assim, a proibição geral dos acordos de *zero-rating* parece retirar importante ferramenta de competição no mercado das operadoras.

No mercado dos provedores de aplicativos, a prática poderia ter efeitos pró ou anti-competitivos. A possibilidade de um aplicativo oferecer aos seus usuários o acesso sem débito na franquia, patrocinado pelo próprio aplicativo (acesso patrocinado), poderia tornar esse aplicativo mais atraente para os consumidores, alargando sua base de usuários. Assim, o custo do acesso patrocinado internalizado pelo provedor de aplicação teria efeitos pró-competitivos no mercado de aplicações, além de permitir a melhor divisão dos custos da infraestrutura entre as operadoras e os provedores de aplicações.

Em sentido oposto, porém, o mercado de aplicações poderia ser negativamente impactado pelos acordos de *zero-rating*. Dois exemplos ressaltam essa possibilidade. O

primeiro seria quando houvesse integração vertical entre operador e provedor de aplicações: ao invés de oferecer acesso livre ao *WhatsApp*, por exemplo, se uma operadora lançasse seu próprio aplicativo de troca de mensagens com acesso livre ao pacote de dados. Nesse caso, poderíamos estar diante de um potencial exercício abusivo de poder de mercado por parte dessa operadora, principalmente se os aplicativos concorrentes não tivessem acesso a essa mesma oportunidade.

O outro exemplo é se a prática de *zero-rating*, em sua modalidade gratuita ou patrocinada, fosse realizada por um provedor de aplicação com razoável poder de mercado, de modo a solidificar sua posição e dificultar o surgimento e crescimento de aplicações concorrentes. Nesse caso haveria um potencial exercício abusivo de posição dominante. Esses dois casos, porém, têm o elemento concorrencial em comum: não é necessário proibir toda espécie de acordo *zero-rating* para que essas ilicitudes não ocorram, basta identificar individualmente as condutas ilícitas e trata-las pelo viés concorrencial.

Não apenas Getschko trata a questão do *zero-rating* como mais concorrencial que de neutralidade; também a vice-presidente jurídica da Mozilla, empresa do mercado de *software*, aponta para a concorrência – e não para a neutralidade - como meio de lidar com o *zero-rating*:

Qual a sua opinião sobre zero rating?

Muita gente discute isso no âmbito da neutralidade... Eu pensei muito sobre isso, e minha visão é que isso pode ser fantástico para algumas pessoas porque oferece um conteúdo que você não teria, mas o problema é que o impacto pode reduzir a competição. Não acho que seja um problema de neutralidade de rede, ainda que muita gente discuta por esse caminho, mas acho que não, porque não é um problema nas bordas, mas no meio do processo. É mais uma questão concorrencial, ainda que o impacto seja similar ao bloqueio. É uma questão muito complicada, pois há muitos benefícios e há muitos riscos. Suspeito que do ponto de vista da FCC eles optem por não abordar esse assunto por enquanto e deverão tratar isso do ponto de vista da regulação concorrencial, ver como essas práticas podem estar afetando o pequeno desenvolvedor. Pelo menos espero que seja por aí.⁶⁵

Embora a plasticidade da rede – e seu funcionamento horizontal e não hierárquico – possa dificultar a aplicação de dispositivos da Lei 12.529/2011, se realçado algum abuso da conduta (gratuita ou patrocinada), poderíamos enquadrar eventuais acordos de *zero-rating* em restrição vertical, operados entre provedores de acesso e de conteúdo. Nesse caso, os

⁶⁵ POSSEBON, Daniel. Zero rating é uma questão concorrencial, não de neutralidade, diz Mozilla. *Mobilitytime*, Barcelona, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mobilitytime.com.br/04/03/2015/zero-rating-e-uma-questao-concorrencial-nao-de-neutralidade-diz-mozilla/405983/news.aspx>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

dispositivos caracterizadores da infração seriam os incisos III, IV e X, do art. 36, da Lei 12.529/2011. Mas aqui, em linha com a literatura de restrições verticais, a conduta deveria sempre ser investigada de acordo com as complexidades do caso concreto. Pode não se caracterizar a infração, sopesando-se os benefícios da prática em face dos seus custos.

A proposta que se verifica como a mais adequada, portanto, seria a de uma abordagem concorrencial clássica: ao invés de se proibir a conduta *a priori*, via regulação, tendo em vista os potenciais benefícios da prática, a intervenção concorrencial *a posteriori*, quando em face de abusos, seria a mais eficiente, aumentando os benefícios sociais líquidos advindos da rede, e garantindo um certo grau de autonomia de gestão de rede e de modelos de negócio para os agentes responsáveis pela expansão e manutenção da rede.

Parece, portanto, que a proibição ampla dos acordos de *zero-rating* pelo argumento da neutralidade erra pelo excesso: ao mesmo tempo em que evita certos abusos, também retira flexibilidade negocial e de criação de novos modelos de negócios, com fundamento em uma neutralidade rígida. Seria mais razoável, portanto, que, ao regulamentar o Marco Civil da Internet, a possibilidade de discriminação de preços fosse permitida, cabendo ao órgão de defesa da concorrência analisar os casos de abuso. Isso resultaria em maior possibilidade de distribuição dos custos da infraestrutura, estímulo a modelos de negócios e acordos comerciais inovadores e, principalmente, não impossibilitaria que se coibisse abusos, analisando-se os pormenores do caso concreto.

5. Considerações finais

O presente trabalho permitiu entender o princípio da neutralidade de rede como uma norma que agremia uma série de discussões que envolvem, dentre outras coisas, a alocação de custos para manutenção e crescimento da rede; inovação na prestação de serviços de conteúdo na internet; e concorrência entre as empresas do setor. Diante da complexidade desses assuntos, reafirma-se que o presente estudo não teve a pretensão de exaurir a temática, pelo contrário, ele possibilitou constatar a necessidade de continuar a avançar nas reflexões acadêmicas sobre o Marco Civil da Internet.

De toda sorte, foi possível demonstrar que as diferentes gradações do conceito de neutralidade de rede têm impactos não triviais na economia da rede – e na sua viabilidade financeira – como um todo. Assim, uma preocupação excessivamente rígida com a neutralidade

de rede poderia, paradoxalmente, significar a inviabilidade da manutenção e expansão da estrutura da rede, tendo em vista o potencial de congestionamento e a concentração do financiamento em apenas um dos lados do mercado. Além disso, adotar esse modelo não garante obrigatoriamente a entrada de novos competidores inovadores, pois pode fortalecer as grandes provedoras de conteúdo já estabelecidas no mercado.

Essa análise da economia da neutralidade de rede viabilizou a problematização de alguns argumentos levantados por alguns deputados federais na época da discussão do projeto de Lei que se tornou o Marco Civil da Internet. Conforme visto nos excertos dos discursos dos deputados, aqueles que defendiam o conceito de neutralidade de rede em sua dimensão mais radical afirmavam ser esse o modelo que seria capaz de gerar mais inovação, pois viabilizaria a entrada de pequenos competidores. Entretanto, a desoneração dos custos de infraestrutura de grandes prestadoras de conteúdo pode ser transformada eventualmente em barreiras à entrada para pequenas empresas inovadoras e isso fragiliza um dos argumentos levantados por esses deputados.

Outra questão que pode ser apreendida dos debates legislativos é que a temática da defesa da concorrência sempre tangenciava as discussões, mas percebeu-se que o princípio da neutralidade de rede não consegue abranger todos os problemas de natureza concorrencial que envolvem negócios vinculados à internet. Mais do que isso, pensar uma norma que vede modelos de negócios entre as teles e os provedores de conteúdo em geral, seja no corpo da lei ou mesmo por meio do decreto que irá regulamentar essa questão, pode gerar desdobramentos negativos na infraestrutura e no ambiente de inovação do setor.

Por fim, a partir da análise dos casos de *zero-rating*, demonstrou-se que uma interpretação excessivamente rígida do conceito de neutralidade pode ter uma influência negativa na viabilidade financeira da rede, engessando as iniciativas de financiamento alternativo na expansão da rede, como as representadas por modelos inovadores de gestão de tráfego e distribuição de custos. Concluiu-se, por fim, que uma interpretação flexível de neutralidade não culmina, necessariamente, em menos segurança, tendo em vista a possibilidade de aplicação da legislação de defesa da concorrência nos casos em que for constatado abuso.

6. Referências

ANATEL. *Neutralidade de Rede – Proposta de Consulta Pública à Sociedade Sobre a Regulamentação Prevista no Marco Civil da Internet*. 2012. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dialogo/file/download/157>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Discursos e Notas Taquigráficas*, Brasília, Sessão 069.3.54.O, 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=069.3.54.O&nuQuarto=32&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:33&sgFaseSessao=PE&Data=15/04/2013&txApelido=JUTAHY%20JUNIOR,%20PSDB-BA>>. Acesso em: 23 jun. 2015. Discurso do Deputado Juthay Junior (PSDB-BA).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Discursos e Notas Taquigráficas*, Brasília, Sessão 255.2.54.O, 19 out. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=255.2.54.O&nuQuarto=23&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:06&sgFaseSessao=PE&Data=19/09/2012&txApelido=ALESSANDRO%20MOLON,%20PT-RJ>>. Acesso em: 23 jun. 2015. Discurso do Deputado Federal Alessandro Molon (PT-RJ).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Discursos e Notas Taquigráficas*, Brasília, Sessão: 295.2.54.O, 21 nov 2012. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=295.2.54.O&nuQuarto=56&nuOrador=2&nuInsercao=5&dtHorarioQuarto=16:20&sgFaseSessao=OD&Data=07/11/2012&txApelido=RICARDO%20IZAR,%20PSD-SP>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ricardo Izar (PSD-SP).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Discursos e Notas Taquigráficas*, Brasília, Sessão: 308.2.54.O. 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=308.2.54.O&nuQuarto=27&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=15:18&sgFaseSessao=PE&Data=14/11/2012&txApelido=EDINHO%20BEZ,%20PMDB-SC>>. Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Edinho Bez (PMDB-SC).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Discursos e Notas Taquigráficas*, Brasília, Sessão 316.2.54.O, 21 nov. 2012. Disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=316.2.54.O&nuQuarto=59&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=12:58&sgFaseSessao=BC&Data=21/11/2012&txApelido=IVAN%20VALENTE,%20PSOL-SP>> Acesso em: 23 maio 2015. Discurso do Deputado Ivan Valente (PSOL-SP).

CARNETI, Karen. Oi dá acesso gratuito ao Facebook e Twitter para clientes do Oi Galera. *Revista info*, 12 jan. 2015. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologia-pessoal/2015/01/oi-da-acesso-gratuito-ao-facebook-e-twitter-para-clientes-do-oi-galera.shtml>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

CHOI, J.; KIM, B. C. Net Neutrality and Investment Incentives. *RAND Journal of Economics*, v. 41, n. 3, p. 1-42, 2010. Disponível em: <https://www.msu.edu/~choijay/NN-Rand_Final%20Version.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2015.

ECONOMIDES, N.; HERMALIN, B. The Economics of Network Neutrality. *RAND Journal of Economics*. V. 43, n. 4, p. 602-629, 2012. Disponível em: <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides-Hermalin_Economics_of_Network_Neutrality.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

FAGUNDES, Jorge; MATTOS, César; ROCHA, Maria Margarete da; LIMA, Marcos; NISHIJIMA, Marislei. Nota técnica: economia da neutralidade de rede. *Revista do IBRAC*, Vol. 24, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. “WhatsApp é ‘pirataria pura’, afirma presidente da Vivo”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/08/1666187-whatsapp-e-pirataria-pura-afirma-presidente-da-vivo.shtml#>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

G1. *Claro retoma promoções de redes sociais com acesso grátis*. 15 jun. 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2015/06/claro-retoma-promocoes-de-redes-sociais-com-acesso-gratis.html>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

G1. *Entidades entregam carta a Dilma com críticas a acordo com Facebook*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/04/entidades-entregam-carta-dilma-com-criticas-acordo-com-facebook.html>>. Acessado em: 24 jun. 2015.

GETSCHKO, Demi. *Blog Por Dentro da Rede – Estadão*, 08 fev. 2015. O Marco Civil não é a cura de todos os males. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/demi-getschko/o-marco-civil-nao-e-a-cura-de-todos-os-males/>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

IDGNOW! *Molon torna públicas novas mudanças no Marco Civil para tentar votar já*. Disponível em: <<http://idgnow.com.br/blog/circuito/2013/12/11/molon-torna-publicas-novas-mudancas-no-texto-do-marco-civil/>> Acesso em: 24 jun. 2015.

LANDIM, Wikerson. WhatsApp ilimitado chega ao pré-pago da TIM; saiba como habilitar. *Tecmundo*, 20 abr. 2015. Disponível em <<http://www.tecmundo.com.br/tim/78611-whatsapp-ilimitado-chega-pre-pago-tim-saiba-habilitar.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

LEMOS, Ronaldo. *Internet Brasileira Precisa de Marco Regulatório Civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: jun. 2012.

LILLA, Paulo Eduardo. Marco civil da internet e a regulamentação da neutralidade de rede. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205139,51045-Marco+civil+da+internet+e+a+regulamentacao+da+neutralidade+de+rede>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

MARCON, Massimiliano; DISCHINGER, Marcel; GUMMADI, Krishna P.; VAHDAT, Amin. The Local and Global Effects of Traffic Shaping in the Internet. *SIGCOMM'08*, Washington, Agosto 17-22, 2008. Disponível em: <<http://conferences.sigcomm.org/sigcomm/2008/papers/p453-marconA.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Minuta de Decreto que regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 para tratar das exceções à neutralidade de rede e indicar procedimentos para a guarda de dados por provedores de conexão e de aplicações*. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/texto-em-debate/minuta/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

MOREIRA, Marcelo D.D.; FERNANDES, Natalia C.; COSTA, Luís Henrique M. K; e DUARTE, Otto Carlos M. B. *Internet do Futuro: Um Novo Horizonte*. GTA, COPPE/Poli –

Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.gta.ufrj.br/ftp/gta/TechReports/MFCD09.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

NAZARENO, Cláudio. *Nota técnica: Texto referência acerca do Marco Civil da Internet para o “fique por dentro”*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/marco-civil/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica. Trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; Coutinho, Diogo R.; Oliva, Rafael (Orgs.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 49-80.

POSSEBON, Daniel. Zero rating é uma questão concorrencial, não de neutralidade, diz Mozilla. *Mobiletime*, Barcelona, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mobiletime.com.br/04/03/2015/zero-rating-e-uma-questao-concorrencial-nao-de-neutralidade-diz-mozilla/405983/news.aspx>>. Acesso em 27 de junho de 2015.

PRESCOTT, Roberta. *Convergência Digital*, 06 mai. 2015. TIM adianta que acesso gratuito ao WhatsApp tem data para acabar. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=39515&sid=8>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

RAGAZZO, Carlos Joppert. Notas introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 10, 2006.

RAMOS, Marcelo de. Neutralidade de redes: o futuro da internet e o mix institucional. SEAE/MF. *Documento de Trabalho*, 41. Dezembro, 2006.

RIBEIRO, Luci. *Estadão*. ANATEL determina que operadoras suspendam sistema de franquia para banda larga fixa. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,anatel-determina-a-operadoras-que-suspendam-sistema-de-franquia-para-banda-larga-fixa,1858196>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

RIFKIN, JEREMY. *Sociedade com Custo Marginal Zero – A internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. São Paulo: M Books, 2016.

RODRIGUES, Eduardo. *Estadão, 18 maio 2015*. Operadoras querem contornar neutralidade de rede. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,operadoras-querem-contornar-neutralidade-de-rede-imp-,1689284>> Acesso em: 25 jun. 2015.

RONCOLATO, Murilo. *LINK Estadão*. Não há como contornar o que está no Marco Civil. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/link/e-impossivel-burlar-o-que-esta-no-marco-civil-diz-relator/>> Acesso em: 26 jun. 2015.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. *O direito achado na rede: a emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil*. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

SOUZA, Antônio. Pontos como exceções à neutralidade e guarda de registro aguardam regulamentação. In: Publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil. *Marco Civil modo de usar*. Ed. 08, ano 06, 2015. Disponível em: <<http://nic.br/media/docs/publicacoes/3/revistabr-jpg-ed8.pdf>>. Acessado em: 15 ago. 2015.

TELECO. *Market Share das Operadoras de Celular no Brasil*. 25 jun. 2015. Disponível em <<http://www.teleco.com.br/mshare.asp>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

VAN SCHEWICK, B. Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like. *Stanford Law and Economics Olin Papers Series*. Working Paper No. 402, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1684677>. Acesso em: 15 jun. 2015.

VAN SCHEWICK, Barbara. *Opening Statement at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet*. Cambridge/MA, 13 jan. 2010. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>> Acesso em: 24 jun. 2015.

VAN SCHEWICK, B. Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, v. 5, p. 329-392, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=812991>. Acesso em: 14 jun. 2015.

VENTURA, Felipe. Vivo on adota franquia mensal de internet e não terá mais acesso ilimitado a sites. *Gizmodo Brasil*. 02 abr. 2013a. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/vivo-on-nao-tera-mais-acesso-ilimitado-a-sites/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

VENTURA, Felipe. TIM e Claro oferecem acesso grátis ao Twitter pelo celular *Gizmodo Brasil*. 24 out. 2013b. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/tim-claro-twitter-gratis/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

VIEIRA, Douglas. *Tecmundo*, 10 abr. 2014. Parceria entre TIM e Waze oferece navegação gratuita no aplicativo. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/tim/53441-parceria-entre-tim-e-waze-oferece-navegacao-gratuita-no-aplicativo.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

YOO, Christopher. Beyond Network Neutrality. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 19, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech001.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

YOO, Christopher. Network Neutrality and the Economics of Congestion. *The Georgetown Law Journal*, v. 94:1847, 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 abr. 2014.

WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and high Technology law*, v. 2, p. 141-179, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863>. Acesso em: 24 jul. 2015.

WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the internet neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo debate. *Faculty Scholarship*, Paper 779, v. 59, n. 3 p. 575-592, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1778&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 24 jul. 2015.

Remédios em atos de concentração: teoria e prática do CADE

Patricia Semensato Cabral⁶⁶
César Mattos⁶⁷

RESUMO

O artigo apresenta as principais recomendações encontradas na literatura acerca do desenho e implementação de remédios em atos de concentração e, sempre que possível, traçar um paralelo entre tais recomendações e a prática do CADE no período entre 1995 e 2013. A metodologia empregada foi a análise descritiva de dados secundários, obtidos por meio de pesquisa no sítio eletrônico do CADE, especificamente atas de sessões de julgamento do CADE, Relatórios Anuais do órgão e Termos de Compromisso de Desempenho – TCDs/Acordos em Controle de Concentração - ACCs.

Palavras chave: Atos de concentração; remédios.

ABSTRACT:

This article presents the main recommendations in the literature regarding the design and implementation of remedies in merger cases. Where possible, we draw a parallel between these recommendations and the practice of CADE in the period between 1995 and 2013. The methodology used was the descriptive analysis of secondary data obtained through research on CADE's web site, specifically minutes of CADE's trial sessions, CADE's annual reports and Performance Commitments - TCDs / Agreements on Concentration Control - ACCs .

Keywords: Mergers; remedies.

⁶⁶ Mestre em Economia do Setor Público (UnB), Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG em exercício no CADE.

⁶⁷ Doutor em Economia (UnB), Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados na Área Econômica e ex-Conselheiro do CADE.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios Aplicáveis aos Remédios Antitruste; 3. Tipos de remédios em ACs; 3.1 Principais classificações encontradas na literatura; 3.2 Medidas de Caráter Estrutural x Medidas de Caráter Comportamental: Vantagens e Desvantagens; 3.3. Principais tipos de remédios utilizados pelo CADE ao longo do período que vai entre 1995 e 2013; 4. Elementos Relevantes para a Análise de Remédios Estruturais; 4.1 Pacote de ativos; 4.2 Comprador adequado; 4.3 Processo de implementação; 5. Remédios Comportamentais; 6. Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os remédios antitruste são intervenções realizadas por autoridades de defesa da concorrência para contrabalançar efeitos anticompetitivos de um Ato de concentração (AC). Trata-se de soluções intermediárias entre a aprovação incondicional e a reprovação total de determinada operação, que podem se mostrar mais eficientes e proporcionais do que uma das duas soluções extremas: em muitos casos, um remédio pode permitir que determinadas eficiências decorrentes da concentração sejam preservadas (o que não seria possível com a rejeição integral da operação) e, ao mesmo tempo, que problemas concorrenciais em mercados específicos sejam endereçados (o que não seria viável no caso de aprovação irrestrita).

Os remédios podem assumir a forma, por exemplo, de desinvestimentos de uma unidade de negócios completa ou de ativos específicos, de compromissos de garantia de acesso a infraestruturas ou tecnologias essenciais e de não discriminação, de proibição de relações de exclusividade, entre outros.

O tema tem recebido atenção na literatura estrangeira, em linha com a tendência de crescente utilização de remédios pelas principais autoridades antitruste. Entre 1990 e 2013, cerca de 55% das fusões analisadas pela Comissão Europeia que chegaram à segunda fase de investigações⁶⁸ foram aprovadas com restrições⁶⁹. Segundo Seldeslachts, Clougherty e Barros (2007, pp. 2 e 37), em 2005, nos países da União Europeia, a razão remédios/proibições foi cerca de cinco vezes maior do que em 1995. Ainda de acordo com os autores, nos EUA, ao final

⁶⁸ Na Comissão Europeia, os atos de concentração que demandam análise mais aprofundada seguem para a chamada Fase 2 da investigação. Os casos mais simples são decididos na Fase 1.

⁶⁹ Segundo estatísticas disponibilizadas no sítio da Comissão Europeia na internet. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>. Acesso em 9/7/2014.

da década de 80, os remédios corresponderam a 23% das ações antitruste⁷⁰, enquanto que, em 2000, esse percentual subiu para mais de 60%.

Também no Brasil o tema tem recebido atenção crescente nos últimos anos. Nesse sentido, podemos citar o trabalho de Albuquerque (2012), que constitui uma iniciativa pioneira de sistematização da prática do CADE em remédios em AC a partir da análise de Termos de Compromisso de Desempenho firmados entre 1995 e 2011; a obra organizada por Ruiz e Oliveira (2011), que congrega artigos de diversos autores abordando aspectos teóricos e casos concretos da experiência brasileira; o trabalho de Pereira Neto e Azevedo (2015), contemplando os Acordos em Controle de Concentração nos primeiros anos de vigência da Lei n. 12.529/2011; entre outros.

Neste artigo, buscamos apresentar as principais recomendações encontradas na literatura acerca do desenho de implementação de remédios em atos de concentração e, sempre que possível, traçar um paralelo entre tais recomendações e a prática do CADE no período entre 1994 e 2013. A metodologia empregada foi a análise descritiva de dados secundários, obtidos por meio de pesquisa no sitio eletrônico do CADE, especificamente atas de sessões de julgamento do CADE, Relatórios Anuais do órgão e Termos de Compromisso de Desempenho – TCDs/Acordos em Controle de Concentração - ACCs.

Na seção seguinte, apresentamos os princípios usualmente apontados na literatura como desejáveis no desenho e implementação de remédios. A seção III aborda a discussão sobre tipos de remédios; a seção IV aborda aspectos específicos acerca do desenho e implementação de remédios estruturais; a seção V se concentra no tema dos remédios comportamentais; e a seção VI conclui.

2. Princípios Aplicáveis aos Remédios Antitruste

Diversos trabalhos acadêmicos e documentos publicados por autoridades de defesa da concorrência e organismos internacionais procuraram estabelecer princípios gerais que devem ser observados na aplicação de remédios. Davies e Lyons (2010), ao realizar uma revisão da literatura disponível sobre esse tema específico, destacam os trabalhos de Lévêque (2001), Lévêque & Shelanski (2003), Balto (2001), Joskow (2002), Oldale (2002) e Jenny (2003). Além

⁷⁰ Os autores denominam *antitrust actions* o conjunto de ferramentas disponíveis para as autoridades antitruste no controle de concentrações, como remédios e proibições.

desses trabalhos, merecem destaque os documentos publicados pela ICN (2005) e OCDE (2004, 2011), DOJ (2004, 2011) e FTC (2003).

Conforme Lévêque (2001, pp. 2-3), os princípios relevantes na aplicação de remédios são:

- (i) O remédio deve ser efetivo;
- (ii) Os custos administrativos, tanto para a autoridade quanto para as empresas envolvidas, devem ser limitados ao mínimo necessário;
- (iii) O escopo do remédio deve ser restrito aos mercados relevantes em que foram identificados problemas concorrenciais, de maneira a minimizar eventuais perdas das eficiências que foram geradas com a operação. Este critério está ligado à ideia de proporcionalidade do remédio, de maneira que este não inclua medidas que não sejam estritamente necessárias para resolver os problemas concorrenciais identificados⁷¹;
- (iv) Os ativos-objeto do remédio devem ser realocados de maneira eficiente, ou seja, devem ser destinados ao comprador que mais os valorize.

Este quarto princípio pode comportar alguma relativização. Motta et al (2003) argumentam que nem sempre o comprador que está disposto a pagar mais será a solução socialmente ótima. Isso porque um comprador mais agressivo (disposto a pagar mais pelos ativos) pode significar um concorrente menos agressivo em preços, com maior propensão a dividir mercados ou atuar em conluio com o vendedor, e não um comprador com mais eficiência futura no negócio desinvestido; como esse comprador agressivo tem maior expectativa de lucro, ele tende a estar disposto a pagar mais pelos ativos. Dessa maneira, os autores ressaltam que a questão deve ser observada com cautela, de maneira que o remédio resulte sim em uma realocação eficiente de ativos, mas que, ao mesmo tempo, não se ignore que o comportamento agressivo de um comprador pode, em alguns casos, sinalizar a possibilidade de resultados concorrenciais indesejáveis.

É possível acrescentar ainda dois princípios ao rol enunciado por Lévêque. O primeiro deles é apontado por Joskow (2002) e consiste no chamado *deterrence effect*, ou seja, a influência exercida pelos sinais que a autoridade envia para o mercado, por meio de suas decisões, nas ações futuras dos agentes econômicos. Uma sinalização equivocada da autoridade pode ter o efeito de desencorajar fusões eficientes e/ou encorajar operações anticompetitivas, e

⁷¹ Este terceiro princípio de Lévêque remete ao *over-fixing* ou *broad scope* de Farrell (2003, pp. 98-101) tratados acima.

tal efeito deve ser considerado na implementação da política antitruste, inclusive na aplicação de remédios.

O segundo é a transparência de procedimentos na negociação de remédios, o que inclui a clara identificação das preocupações concorrenciais da autoridade, bem como a motivação de decisões de rejeição de uma proposta de remédio (OLDALE, 2002).

A preocupação com o estabelecimento de princípios gerais para nortear a negociação de remédios também é contemplada em guias publicados por autoridades e documentos publicados por organizações internacionais como a ICN e a OCDE, bem como nos guias elaborados por algumas autoridades. A ICN (2005, pp. 3-5), por exemplo, recomenda que os seguintes elementos sejam observados:

(i) os remédios devem ser facilmente administráveis – ou seja, não devem impor um custo excessivo à autoridade e às empresas envolvidas no AC. Assim, os benefícios de permitir uma fusão com remédios devem ser sempre comparados aos custos de implementação e administração desses remédios;

(ii) os remédios devem ser proporcionais, ou seja, as autoridades devem buscar o remédio menos oneroso dentre aqueles capazes de eliminar as preocupações concorrenciais decorrentes de uma fusão;

(iii) os remédios devem ser efetivos, o que envolve diversas dimensões: o remédio deve abarcar todas as preocupações concorrenciais decorrentes da fusão; deve ter baixo risco de insucesso; a implementação, o monitoramento e o *enforcement* devem ser viáveis na prática; e deve ter duração apropriada, bem como *timing* adequado – ou seja, remédios que tenham efeitos rápidos são preferíveis àqueles que só produzirão efeitos no longo prazo;

(iv) os potenciais custos de se utilizar um remédio em termos de impacto de potenciais distorções e ineficiências no mercado⁷², além dos custos de implementação, monitoramento e *enforcement* devem ser comparados às eficiências da operação.

(v) Deve haver transparência e consistência no processo de escolha⁷³, desenho e implementação do remédio.

⁷² Segundo a ICN, isso tende a ocorrer mais quando remédios comportamentais são utilizados para intervir diretamente em objetivos de mercado, em especial por longos períodos – por exemplo, *price caps* podem desencorajar entradas ao criar dúvidas acerca da capacidade de recuperação de investimentos ou manutenção de lucros (ICN 2005, p. 5).

⁷³ Segundo a ICN, a consistência na prática de uma autoridade na aplicação de remédios tem por benefício formar uma base previsível a partir da qual as empresas poderão tomar suas decisões. É importante também a consistência entre as ações de diferentes jurisdições no caso de uma fusão internacional. Nesses casos, é desejável que haja coordenação entre as autoridades dos diferentes países para evitar a imposição de remédios divergentes (ICN 2005, p. 5).

3. Tipos de remédios em ACs

Os remédios são usualmente classificados como estruturais ou comportamentais, sendo intenso o debate acerca das vantagens e desvantagens de uma e de outra categoria. No entanto, a categorização de um remédio como estrutural ou comportamental pode não ser simples, em muitos casos; alguns autores, inclusive, propõem classificar os remédios com base em critérios alternativos. Ademais, ainda que se tome por base a categorização tradicional, é possível definir subtipos, ensejando classificações mais detalhadas.

Na presente seção, serão abordadas (i) as principais classificações que têm sido propostas na literatura, (ii) as principais vantagens e desvantagens das duas categorias de remédios mais tradicionais, estruturais *versus* comportamentais; e (iii) os principais tipos de remédios utilizados pelo CADE ao longo do período que vai entre 1995 e 2013.

3.1 Principais classificações encontradas na literatura

A distinção entre remédios estruturais e comportamentais é colocada por Motta et al. (2003, p. 108):

“1. Remédios estruturais alteram a alocação de direitos de propriedade e criam novas firmas: eles incluem o desinvestimento de uma unidade de negócio inteira e em operação, ou um desinvestimento parcial (possivelmente uma mescla de ativos e atividades das diferentes firmas envolvidas na fusão); 2. Remédios não estruturais impõem restrições aos direitos de propriedade das firmas: eles podem consistir em compromissos, por parte das firmas participantes da fusão, de não abusar da utilização de determinados ativos dos quais elas dispõem. Eles também podem versar sobre arranjos contratuais tais como licenciamento compulsório ou acesso à propriedade intelectual”. (Tradução própria).

Os autores falam ainda em uma terceira categoria, caracterizando como *quasi-estruturais* os remédios não estruturais que transferem direitos de propriedade por contrato. Um remédio de licenciamento de uma tecnologia para um rival, por exemplo, poderia ser classificado como *quasi-estrutural*.

Davies e Lyons (2007, p. 41-42), no entanto, alertam para o fato de que os direitos de propriedade sobre determinados ativos podem não ser muito claros, e sua transferência pode ocorrer por tempo limitado – por exemplo, um remédio que determine o licenciamento ou transferência temporária de marcas. Diante dessa dificuldade, os autores propõem um critério

prático que consiste em questionar se o remédio impõe uma ruptura (*clean break*) entre a situação anterior e a posterior à fusão:

“Um remédio *clean breake* não deve criar relações entre a firma fusionada e outros agentes do mercado (a montante, a jusante ou horizontais), ou com o regulador. Desinvestimentos, determinações de reduzir/remover participações acionárias/em diretorias e separar *Joint Ventures* podem ser ‘*clean breaks*’. Já a implementação e monitoramento de remédios comportamentais tipicamente cria relações que persistem após a aplicação do remédio. Mais importante, o princípio de **clean break** pode ser usado para esclarecer casos difíceis de classificar” (2007, p. 42, tradução própria).

Lévêque (2001) também propõe uma classificação diferente da tradicional dicotomia estrutural/comportamental, conforme dois critérios. O primeiro critério a ser avaliado é o *alvo do remédio*, que pode ser a produção da empresa (por exemplo, regulação de preço, quantidade, qualidade) ou a organização da empresa (por exemplo, tamanho ou organização interna da firma). Segundo o autor, os remédios com foco na produção tendem a ser menos efetivos do que os com foco na organização da empresa.

O segundo critério de Lévêque consiste no *mecanismo de ação do remédio*, que pode ser baseado em *command-and-control* (ou seja, o governo estabelece regras que disciplinam diretamente o comportamento da firma, ainda que esta continue tendo incentivos a se comportar de maneira diversa) ou baseado em incentivos (o remédio é desenhado de forma a que a firma tenha incentivos a adotar o comportamento socialmente desejável). Para o autor, os remédios do primeiro tipo tendem a ter maiores custos de *enforcement*, favorecendo a minimização de custos administrativos.

Portanto, de acordo com a proposta de Lévêque (2001), um remédio pode ser classificado como uma combinação dos tipos identificados em cada um dos critérios acima. A figura abaixo ilustra essa taxonomia e classifica os tipos de remédios de acordo com os princípios da efetividade e minimização de custos administrativos:

Tabela 1. Tipos de remédios segundo classificação de Lévêque (2001)

| | <i>Command-and-control</i> | Incentivos |
|----------------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Produção da empresa | Menor efetividade/ Maior custo administrativo | Menor efetividade/ Menor custo administrativo |

| | | |
|-------------------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Organização da empresa | Maior efetividade/ Maior custo administrativo | Maior efetividade/ Menor custo administrativo |
|-------------------------------|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|

Fonte: adaptação de Lévêque, 2001, p.3.

É de se observar que o que Lévêque chama de remédios com alvo na organização e mecanismo de ação via incentivos se aproxima da definição de remédio estrutural. No entender do autor, esses remédios tendem a ser mais efetivos e minimizam custos administrativos de maneira que os desinvestimentos tendem a ser os remédios com melhores resultados para a concorrência.

Ainda que haja classificações divergentes, a maioria das classificações de remédios propostas por autoridades antitruste e organismos multilaterais utiliza a dicotomia estrutural/comportamental como ponto de partida.

Uma dessas classificações é a da ICN (2005), segundo a qual os remédios estruturais podem ser de dois tipos:

- (i) Desinvestimentos;
- (ii) Licenciamento ou desinvestimento de propriedade intelectual. Remédios dessa natureza podem assumir caráter estrutural ou comportamental; o que vai determinar é o tipo de ligação que permanece entre o licenciador e o licenciado após o licenciamento. Como exemplifica a ICN, um remédio que determine um licenciamento exclusivo, irrevogável, por prazo indeterminado, sem *royalties* continuados, tem caráter eminentemente estrutural. Por outro lado, uma licença em que o licenciado dependa do licenciador para, por exemplo, atualizações e abastecimento, tem caráter de um remédio comportamental híbrido;

Os remédios comportamentais para a ICN (2005, pp. 11-12) seriam:

- (i) Medidas que facilitam rivalidade horizontal:
 - a. Evitar que uma firma utilize seu poder de mercado horizontal para fechar o mercado e reduzir a concorrência, incluindo proibição de venda casada, preços predatórios, uso de contratos de exclusividade e/ou contratos de longo prazo;
 - b. Evitar que uma firma utilize suas relações verticais para distorcer ou limitar a rivalidade horizontal, incluindo determinação de acesso a ativos-chave e regulação de preço e condições de acesso; e
 - c. Alterar o comportamento dos compradores de maneira a estimular a concorrência como fornecimento de informações a compradores e diminuição do custo de troca

de fornecedores.

(ii) Controle de resultados como preço e variedade de produtos, incluindo *price caps*, manutenção de nível de serviços e compromissos de fornecimento.

Quando a autoridade decidir por uma solução comportamental, a ICN (2005, p. 13) recomenda a utilização de remédios comportamentais que facilitem a concorrência, em vez de remédios que controlem resultados. Em geral, remédios comportamentais de controle de resultados tendem a ser de difícil monitoramento, baixa efetividade e propensos a criar distorções de mercado crescentes ao longo de tempo. Assim, pode-se concluir que sua utilização é pouco recomendável, a menos que não haja alternativa menos distorciva.

A Comissão Europeia (2005, pp. 17-19) apresentou uma classificação de remédios que, apesar de não mencionar a dicotomia estrutural/comportamental, guarda similaridades com essa tradicional classificação:

(i) Transferência de uma posição de mercado com o objetivo de restabelecer a pressão competitiva de determinado negócio nas mãos de um comprador adequado (segundo determinados critérios estabelecidos pela Comissão). Essa categoria foi subdividida em quatro grupos:

a. Desinvestimento do controle acionário de uma empresa que já seja um negócio autônomo viável;

b. Desinvestimento de uma unidade de negócio que integra uma estrutura maior (*carve out*);

c. Desinvestimento de um pacote que combina ativos de mais de uma das partes envolvidas no AC (*mix-and-match*); e

d. Desinvestimento ou concessão de uma licença exclusiva, de longo prazo, com duração indefinida ou até a expiração da patente⁷⁴.

(ii) Compromissos de as partes abrirem mão de seu controle conjunto sobre um negócio.

(iii) Compromissos de garantir que outros *players* tenham acesso a ativos chave, reduzindo barreiras à entrada. Seriam três os tipos de remédios de acesso:

⁷⁴ A Comissão esclarece que remédios envolvendo licenciamento de direitos de propriedade intelectual foram considerados como transferência de posição de mercado, quando o propósito do remédio foi transferir um negócio a um concorrente adequado e quando a licença se dava por um prazo suficientemente longo para permitir tal transferência. Outros casos de licenciamento de propriedade intelectual foram categorizados como remédios de acesso quando envolviam ativos que deveriam ser disponibilizados a outros concorrentes no intuito de resolver preocupações relacionadas a possibilidade de fechamento de mercado (p. 18).

- a. Garantia de acesso à infraestrutura ou plataforma técnica;
- b. Garantia de acesso à tecnologia via licenciamento ou outros direitos de propriedade intelectual; e
- c. Fim de acordos verticais com exclusividade.
- (iv) Outros remédios.

Observa-se que os remédios do tipo (i) e (ii) podem ser identificados como soluções estruturais, ao passo que a terceira categoria compreende medidas de caráter tipicamente comportamental.

O DOJ (2011, p. 7-12) também categoriza remédios a partir da dicotomia estruturais/comportamentais. Entre os remédios estruturais, estão:

- (i) Venda de um pacote contendo todos os ativos necessários (tangíveis ou intangíveis) para que o comprador se torne um concorrente efetivo, de longo prazo e de maneira permanente;
- (ii) Venda de uma unidade de negócio já existente que já tenha demonstrado sua capacidade de concorrer no mercado relevante; e
- (iii) Venda ou licenciamento de direitos sobre ativos intangíveis como uma patente.

O DOJ constata que desinvestimentos do segundo tipo têm obtido maior sucesso, pois uma entidade já existente possui todos os ativos físicos, pessoal, clientes, sistemas de informação, ativos intangíveis e estrutura administrativa necessários para a produção eficiente do produto ou serviço em questão, e já demonstrou, na prática, ser um concorrente efetivo no mercado relevante. Assim, a venda de uma unidade de negócio existente tende a ser mais efetiva do que a venda de um pacote de ativos.

Conforme o DOJ, 2011, pp. 12-18), os remédios comportamentais seriam:

- (i) *Firewalls* que seriam medidas para evitar a disseminação de determinadas informações dentro de uma empresa;
- (ii) Compromissos de não discriminação;
- (iii) Licenciamento obrigatório de tecnologias ou outros ativos, em condições justas e razoáveis, de maneira a evitar prejuízos à concorrência;
- (iv) Aumento de transparência, determinando que a firma disponibilize determinadas informações a uma autoridade reguladora;
- (v) Não-retaliação; e

(vi) Proibição de determinadas práticas de contratação restritivas à concorrência ou contendo exclusividade. Remédios desse tipo, segundo o DOJ, são especialmente apropriados a ACs verticais nos quais a firma fusionada controla um insumo a que seus concorrentes precisam ter acesso para permanecerem no mercado.

(vii) Outros tipos de remédios comportamentais: obrigação de notificar ACs que não seriam notificáveis, contratos de fornecimento, restrições à reaqisição de ativos escassos de pessoal.

O DOJ menciona ainda uma categoria de remédios híbridos (2011, pp. 18-19), que combinam medidas estruturais e comportamentais. Eles podem ser aplicáveis, por exemplo, quando uma fusão envolve diversos mercados, e remédios estruturais podem ser mais adequados a problemas concorrenciais em um mercado específico, enquanto comportamentais podem ser mais adequados para os demais. Há casos em que medidas comportamentais aprimoram uma solução estrutural, sendo mais complementares do que substitutas.

3.2 Medidas de Caráter Estrutural x Medidas de Caráter Comportamental: Vantagens e Desvantagens

Muito se discute acerca da suposta superioridade dos remédios estruturais sobre os comportamentais. Como constatou a OCDE (2011, pp. 19-20), em muitas jurisdições, há uma clara preferência por remédios estruturais. Essa preferência se baseia no entendimento que um remédio estrutural tende a ser mais efetivo, uma vez que ataca diretamente a causa do problema concorrencial, além de demandar menor esforço de monitoramento com menos riscos de distorções no mercado.

É o caso, por exemplo, da Comissão Europeia, que consigna em seu *Commission Notice on Remedies Acceptable* (2008):

“17. (...) Remédios de desinvestimento são a melhor forma de eliminar preocupações concorrenciais decorrentes de sobreposições horizontais, e podem ser também os melhores instrumentos para resolver problemas resultantes de preocupações verticais ou conglomerados. Outros remédios estruturais podem ser adequados se forem equivalentes a desinvestimentos..... Remédios relacionados ao comportamento futuro da firma fusionada podem ser aceitos apenas excepcionalmente e em circunstâncias muito específicas. Em particular, compromissos de não aumentar preços, reduzir gama de produtos ofertados ou remover marcas, etc., em geral não são capazes de eliminar preocupações concorrenciais decorrentes de sobreposições horizontais. Em todo caso, esse tipo de remédio pode ser aceito apenas excepcionalmente se sua funcionalidade for totalmente assegurada por meio de implementação e monitoramento efetivos... e se não houver risco de tais remédios causarem distorções concorrenciais. (pp. 4-5, tradução própria)”.

O guia de remédios da *Competition Commission* do Reino Unido também expressa a preferência por soluções estruturais (2008, p. 14).

No Brasil ainda não há um guia específico para remédios, mas o Guia para Análise Econômica de ACs Horizontal (2001), a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE também menciona que “nos casos em que seja sugerida a aprovação do ato com restrições (alternativa b), as recomendações da SEAE e da SDE buscarão ‘preferencialmente’, criando condições para a consolidação de um ambiente competitivo, adotar medidas estruturais nos mercados envolvidos” (p. 19).

Conforme Mattos (2011, pp. 67-68) os remédios estruturais implicam mudança de incentivos no gerenciamento dos ativos dada a separação da propriedade dos ativos, enquanto nos remédios comportamentais, como não se observa tal modificação, as autoridades antitruste estão sempre obrigadas a induzir um comportamento que não ocorreria na ausência da intervenção. A autoridade tem:

“que estar sempre trabalhando contra a natureza do proprietário do ativo, tarefa de grande dificuldade, haja vista os problemas de moral *hazard*..... Mais do que isso, a importância dos direitos de propriedade em economia está associada com a cesta de direitos a que o proprietário faz jus, quais sejam: (i) usar o ativo, auferindo renda dele, o que induz ao proprietário direcionar seus esforços ao uso do ativo que maior valor gera; (ii) excluir terceiros de usar os ativos, evitando a ‘tragédia dos comuns’; e (iii) vender o ativo e a cesta de direitos correspondente viabilizando a que o ativo possa mudar de mãos, dos agentes com menor capacidade de criação de valor para os com maior capacidade. É a capacidade de exercício desses direitos que permite aos empresários gerar riqueza a partir de seus ativos. Em geral, quanto menos restrita tal capacidade, maior a geração de riqueza, a não ser na presença de externalidades que justifiquem a intervenção do Estado, o que inclui aquelas derivadas do exercício de poder de mercado. Em um remédio estrutural, há um constrangimento *once and for all* de vender o ativo (direito iii). Após realizada a venda, nem o novo proprietário contará mais com qualquer restrição em sua cesta de direitos e nem o proprietário antigo estará constrangido no uso dos ativos que permanecerem consigo. Ou seja, após a aplicação do remédio, é restabelecida a capacidade de fruição plena dos três componentes da cesta de direitos de propriedade, a qual está na base do processo de criação de riqueza da sociedade nas economias modernas. Já no remédio comportamental, ou o direito de usar o ativo (direito i) e/ou o direito de excluir terceiros de usar os ativos (direito ii) serão constrangidos ao longo do prazo de vigência da intervenção. Nesse caso, pode-se comprometer tanto os incentivos do proprietário a direcionar seus esforços aos usos do ativo de maior valor quanto a capacidade de evitar a ‘tragédia dos comuns’.

Por outro lado, a literatura também aponta limitações inerentes aos remédios estruturais. Entre tais limitações estão a assimetria de informação entre a autoridade e as requerentes, elevação da possibilidade de efeitos pró-colusivos, o risco de alienar ativos a compradores

inadequados, risco de intervenção excessiva e eliminação de eficiências importantes (OLIVEIRA, 2012, p. 22).

Motta et al. (2003, pp. 116) chamam atenção para o fato que um remédio envolvendo desinvestimento pode favorecer a colusão, e sugerem que sejam mais utilizadas soluções do tipo *upfront buyer* como forma de amenizar esse problema. O DOJ define como *upfront buyer* a proposta de um comprador específico para um pacote de ativos específico (2008, p. 23).

Os autores (pp. 111-116) também apontam possíveis dificuldades associadas à implementação de remédios estruturais de desinvestimento: Primeiro, as requerentes têm incentivos para preferir que o comprador não seja um concorrente forte. Elas podem, por exemplo, tentar deteriorar os ativos durante o período em que ainda os administra, ou ainda escolher um comprador com menor potencial de se tornar um rival efetivo.

Segundo, os remédios do tipo *mix-and-match* podem não ser bem-sucedidos, em razão da grande assimetria de informações entre vendedor e comprador. O vendedor tem incentivos a não incluir os ativos corretos e a autoridade, por sua vez, pode não ter informações suficientes para avaliar se o pacote oferecido é ideal.

Terceiro, sempre que é necessário manter algum tipo de relacionamento entre comprador e vendedor após o desinvestimento (por exemplo, para fornecimento de determinadas matérias-primas ou suporte técnico), o remédio tende a não refazer a concorrência de forma plena – seja pela dificuldade de o comprador se estabelecer de maneira efetiva (por depender de suporte do vendedor), seja porque comprador e vendedor passam a atuar de maneira coordenada. Não há garantia, de qualquer forma, que o comprador dos ativos será um concorrente agressivo.

Quarto, o remédio estrutural pode aumentar o risco de colusão, especialmente quando os ativos são vendidos para um concorrente já instalado no mercado ou em um mercado vizinho, pois aumenta a simetria entre os concorrentes. Se, ademais, o remédio proporciona que comprador e vendedor tenham contatos multi-mercados, facilita-se ainda mais a colusão.

Rey (2003, p. 133) chama a atenção para a dificuldade de compor um pacote de ativos suficiente. Tais remédios estão sujeitos ao problema de *empty shell*: os recursos humanos necessários para compor o pacote de desinvestimento podem ser de difícil identificação, ou mesmo de difícil transferência seja pela vontade individual dos empregados seja por questões da legislação trabalhista. Assim, a discussão sobre a suficiência do pacote de ativos pode elevar sobremaneira os custos de desenho de um remédio estrutural, e a eventual insuficiência desse pacote pode afetar a eficácia do remédio.

Rey afirma que remédios comportamentais não necessariamente são difíceis de implementar de forma efetiva. Por exemplo, o monitoramento de preços de acesso pode não ser tão difícil, pois as firmas que requerem acesso podem ter capacidade e incentivos para fazer valer o disposto no remédio, resolvendo o problema de *moral hazard* para a autoridade.

Lévêque (2001) lista algumas hipóteses desfavoráveis a remédios de desinvestimentos: (i) alto custo de desenho, especialmente quando há ativos comuns, complementares e intangíveis em função da perda de economias de escopo; (ii) se não houver tempo suficiente para desenhar desinvestimentos da forma adequada, pode ser preferível (menos custoso e mais efetivo) utilizar um remédio de caráter regulatório⁷⁵ de mais fácil desenho, evitando problemas de implementação decorrentes do desenho inadequado do desinvestimento; (iii) oportunismo da autoridade, que, se tiver poder de barganha, pode requerer remédios sem motivação para a concorrência, que as firmas acabam por aceitar para que seu negócio seja aprovado mais rapidamente; nesses casos, remédios regulatórios são bons candidatos a satisfazer ambas as partes.

A ICN (2005, p.12) afirma que remédios comportamentais podem ser apropriados quando i) um desinvestimento não seja viável ou esteja sujeito a riscos significativos, como a ausência de um comprador adequado e, ao mesmo tempo, uma reprovação não seja adequada; ii) os efeitos anticompetitivos de uma operação provavelmente terão duração limitada em razão da evolução tecnológica ou outros fatores; (iii) uma fusão resulta em benefícios significativos, que são melhor preservados por um remédio comportamental do que por um remédio estrutural.

Na mesma linha, aponta a OCDE (2011, p. 12) que as autoridades antitruste têm enfatizado menos a dicotomia “estruturais *versus* comportamentais”, e mais o foco na efetividade do remédio. Assim, tem sido frequente a aplicação de remédios que combinam elementos estruturais e comportamentais.

É interessante notar a mudança de postura observada na versão mais recente do guia americano de remédios. Como observou McFarland (2011, p. 1), o *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* de 2011, do DOJ, é muito mais favorável a remédios comportamentais do que o guia de 2004. No documento de 2004, o DOJ expressa sua preferência por remédios estruturais, com base nas críticas tradicionais de que os comportamentais são mais complexos em termos de elaboração, sua administração é mais complicada e custosa, e mais fáceis de serem contornados. No guia de 2011, por outro lado, o

⁷⁵ O autor classifica como regulatórios os remédios com alvo em produção e baseados em um mecanismo de ação *command and control*.

DOJ reconhece que os remédios comportamentais são uma ferramenta útil, especialmente em casos em que um remédio estrutural eliminaria eficiências potenciais decorrentes da fusão e, ao mesmo tempo, a ausência de um remédio acarretaria prejuízos concorrenciais.

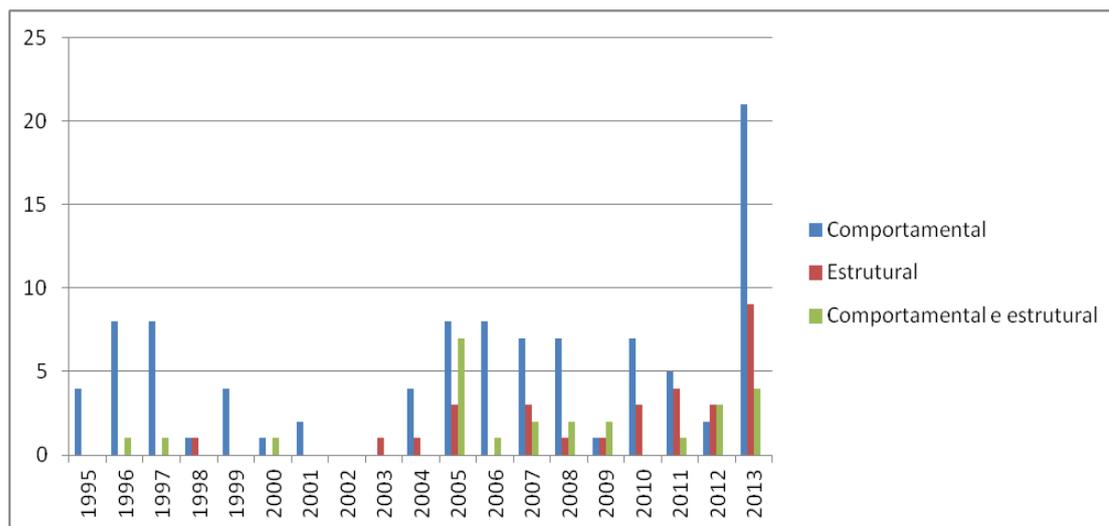
Portanto, ainda que soluções estruturais apresentem vantagens do ponto de vista de alteração de incentivos dos agentes, não é possível determinar, *a priori*, a sua suposta superioridade absoluta em relação aos comportamentais. A determinação do remédio mais adequado depende das características da fusão em análise e da natureza do problema concorrencial identificado. Em geral, os remédios estruturais são mais recomendados para fusões horizontais, enquanto os comportamentais são mais vocacionados às integrações verticais⁷⁶.

3.3. Principais tipos de remédios utilizados pelo CADE ao longo do período que vai entre 1995 e 2013

A análise da prática do CADE demonstra que a autoridade aplicou, majoritariamente, remédios comportamentais ao longo do período 1995-2013. O gráfico abaixo informa a quantidade de casos com remédios puramente comportamentais, puramente estruturais ou uma combinação de medidas comportamentais e estruturais, aplicados pelo CADE ao longo do período analisado.

Gráfico 1. Tipos de Remédios Aplicados, Classificação Tradicional – Contagem por Casos, Números Absolutos

⁷⁶ Nesse sentido, vide DOJ (2011, pp. 4-5).



Fonte: Elaboração própria, com base em dados disponíveis no sítio do CADE.

Na maioria dos anos (1995 a 1997; 1998; 2001; 2004; 2006 a 2008; 2010; 2013) a quantidade de ACs aprovados mediante remédios puramente comportamentais supera a soma de operações aprovadas com restrições estruturais e comportamentais/estruturais; em três anos a quantidade de casos aprovados com remédios puramente comportamentais equivale à soma de operações aprovadas com restrições estruturais e restrições comportamentais/estruturais (1998, 2000 e 2011); e apenas em quatro anos a soma de casos com remédios estruturais e comportamentais/estruturais superou a quantidade de casos com remédios puramente comportamentais (2003, 2005, 2009 e 2012).

Cumprir observar que em diversos anos – a partir de 2005 de uma forma mais consistente – foram tomadas decisões que aliam medidas estruturais e comportamentais. Isso indica que, ainda que a quantidade de remédios comportamentais supere a de soluções estruturais, os primeiros têm sido utilizados muitas vezes em conjunto com as segundas.

Assim, em determinados casos, medidas comportamentais têm sido utilizadas de forma complementar a uma medida estrutural principal, como ilustram os exemplos a seguir. Como exemplo, tem-se o AC Perdigão S.A. e Sadia S.A.⁷⁷, em que se determinou a alienação de um pacote de ativos contendo marcas e propriedade intelectual, além de bens e direitos relacionados a determinadas unidades produtivas e centros de distribuição. Ao mesmo tempo, foram adotadas medidas comportamentais complementares, como a garantia de fornecimento de peru *in natura* ao adquirente do negócio, bem como a suspensão de determinadas marcas de maneira a facilitar o processo de criação de uma nova marca ou a fidelização por parte dos consumidores aos

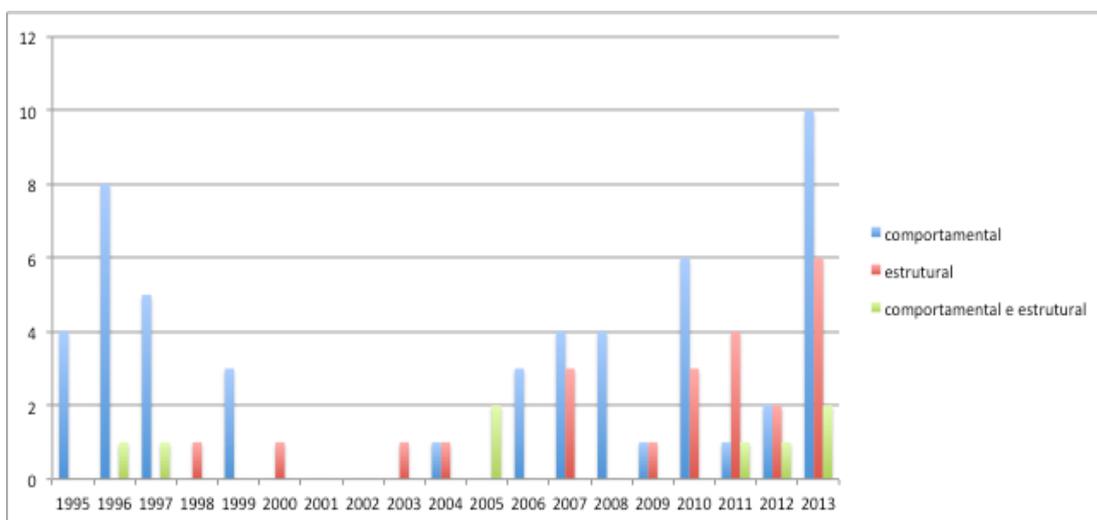
⁷⁷ AC n. 08012.004423/2009-18.

produtos de uma marca concorrente que já atua no mercado. No mesmo sentido, no AC entre Pfizer Inc. e Wyeth⁷⁸, foi determinada a alienação de diversos medicamentos de saúde animal, ao mesmo tempo em que se restringiu temporariamente o lançamento de novas marcas nos mercados relevantes referentes aos ativos desinvestidos.

Um recorte interessante a ser analisado é o tipo de remédio utilizado pelo CADE em casos de integração vertical e naqueles de sobreposição horizontal. A literatura usualmente relaciona remédios estruturais a casos de sobreposição horizontal e os casos de integração vertical são tradicionalmente relacionados a remédios comportamentais.

Da verificação da experiência do CADE no período analisado, foi possível constatar que, em todos os casos que envolviam apenas integração vertical⁷⁹, foram utilizados somente remédios comportamentais. Por outro lado, observa-se que, mesmo no caso de fusões envolvendo apenas sobreposição horizontal, há relevante utilização de remédios comportamentais: no período analisado, cerca de 63% dos casos envolvendo apenas sobreposição horizontal foram aprovados mediante remédios puramente comportamentais, enquanto 26% compreendiam soluções puramente estruturais e 11% combinavam medidas comportamentais e estruturais. O gráfico abaixo ilustra a distribuição desses remédios por ano:

Gráfico 2. Tipos de remédios aplicados em casos de sobreposição horizontal, por ano – 1995 a 2013



Elaboração própria, com base em dados disponíveis no site do CADE. Contagem por casos. Não inclui casos em foram verificadas, ao mesmo tempo, sobreposição horizontal e integração vertical.

⁷⁸ AC n. 08012.001157/2009-71.

⁷⁹ Não estão contabilizados aqui casos que envolviam integração vertical e sobreposição horizontal.

Ao relacionar a questão concorrencial com o tipo de intervenção, é necessário ressaltar a diferença de perfil nos remédios atuais em relação aos do início do período analisado. Estes, muitas vezes, exigiam compromissos comportamentais de concretização de eficiências, sem que ficasse clara a relação de tais eficiências e a questão concorrencial a ser remediada. Assim, em diversos casos, de fato, não caberia falar em remédios estruturais, dado que sequer foi identificado prejuízo concorrencial. Os remédios mais recentes, por outro lado, tendem a buscar soluções para problemas concorrenciais claramente identificados, o que demonstra um evidente avanço de percepção sobre o papel do antitruste.

Ademais, a superioridade de soluções estruturais para casos de sobreposição horizontal não é absoluta. Diante das características do caso, uma medida estrutural pode se revelar desproporcional e, portanto, indesejável. Há casos em que uma medida estrutural sequer é possível, de maneira que um remédio comportamental é a única alternativa intermediária viável entre uma aprovação e rejeição integrais.

A questão da viabilidade de uma solução estrutural era ainda mais complexa durante a vigência da Lei n. 8.884/94. À época, o controle de ACs era feito *a posteriori*: o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência analisava transações já consumadas, e o tempo de instrução dos casos era consideravelmente superior aos patamares atuais. Diante desse cenário, no momento de julgamento do caso, a integração entre as requerentes muitas vezes já se havia completado, e a reversão da concentração (total ou parcialmente) enfrentava dificuldades adicionais⁸⁰.

4. Elementos Relevantes para a Análise de Remédios Estruturais

Um remédio estrutural deve conter três elementos fundamentais: um pacote de desinvestimento adequado e suficiente pra permitir que o comprador se torne um concorrente efetivo; um comprador adequado, independente das firmas fusionadas, que disponha de todos os recursos e *expertise* necessários para se tornar um concorrente efetivo e que, ao mesmo tempo, não seja capaz de gerar novos problemas concorrenciais; e um processo de

⁸⁰ O Regimento Interno do CADE previa dois instrumentos para evitar problemas dessa natureza e preservar a reversibilidade das operações já consumadas: a Medida Cautelar, por meio da qual o Conselheiro Relator poderia unilateralmente, mas com ratificação do plenário, determinar que as requerentes mantivessem o status concorrencial anterior à operação; e o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação – APRO, por meio do qual as requerentes se comprometiam com determinadas medidas destinadas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do AC. Esses instrumentos foram bastante utilizados pelo CADE.

desinvestimento efetivo, que pode requerer o monitoramento de um supervisor independente (um *trustee*) (ICN, 2005, pp. 8-10). A seguir, abordamos cada um desses elementos, informando, sempre que possível, qual tem sido a prática do CADE.

4.1 Pacote de ativos

O pacote de ativos que compõe um remédio de desinvestimento deve ser suficiente para que o comprador se torne um concorrente efetivo no mercado relevante. Segundo a ICN (2005), o pacote pode ser definido como a menor unidade operacional de um negócio (por exemplo, uma subsidiária ou divisão) que contenha todas as operações pertinentes ao mercado em questão, e que tenha condições de competir efetivamente de maneira autônoma.

Em seu estudo sobre remédios, a Comissão Europeia (2005, pp. 23-24) identificou diversos fatores relacionados ao escopo do pacote de ativos de desinvestimento que acabaram por se revelar problemáticos: (i) falhas ao não considerar, de maneira suficiente, a permanência de relações de dependência vertical do comprador em relação ao vendedor; (ii) consideração insuficiente de limitações geográficas, por exemplo, quando é determinado o desinvestimento de uma marca em apenas um mercado geográfico, mas a mesma marca continua sendo utilizada pelo proprietário original em mercados geográficos vizinhos; (iii) o pacote de ativos é muito pequeno para ter a escala necessária para criar um negócio viável; (iv) consideração insuficiente dos efeitos do ciclo dos produtos envolvidos, como o futuro desvio de demanda dos produtos desinvestidos, por exemplo quando estes consistem em mercados em declínio, para produtos mais modernos detidos pelas próprias vendedoras; (v) delimitação insuficiente do escopo de direitos de propriedade intelectual necessários para que o comprador se estabeleça como rival efetivo.

As constatações da Comissão Europeia a partir de sua experiência na aplicação de remédios levam a concluir que o desinvestimento de um negócio autônomo já existente tende a ser uma solução com menor potencial de suscitar problemas na fase de implementação. Uma empresa em operação já passou de forma bem sucedida pela experiência de efetivamente competir no mercado, e deve corresponder, a princípio, a um pacote de ativos suficiente para o estabelecimento de um novo rival. Tal conclusão é confirmada pelos resultados obtidos pela FTC no estudo de 1999 sobre o processo de implementação dos remédios de desinvestimento. Uma solução desse tipo mitiga, pelo menos, as preocupações contidas nos itens (i), (ii), (iii) e (v) acima.

Em contraposição, um pacote de desinvestimento composto de ativos selecionados, que não operavam como uma unidade autônoma antes do remédio, é mais suscetível a erros relacionados à sua suficiência, podendo resultar em dificuldades de implementação. O risco de erro é ainda maior nos chamados remédios *mix-and-match*, que combinam ativos de diferentes empresas envolvidas na fusão.

A superioridade do primeiro tipo de solução, no entanto, não deve ser tida como absoluta. A seleção de apenas alguns ativos para compor o pacote de desinvestimento pode ser mais adequada, por exemplo, nos casos em que o comprador já detém alguns dos ativos necessários para desenvolver o negócio. Assim, a inclusão desses ativos no desinvestimento poderia resultar ineficiente, pois o comprador estaria obrigado a adquirir ativos dos quais não necessita para competir efetivamente no mercado relevante. Além disso, a determinação de venda do negócio por completo pode ser desproporcional ao dano concorrencial identificado, restringindo de maneira excessiva eventuais eficiências decorrentes da operação.

As informações públicas acerca dos pacotes de ativos nos remédios aplicados pelo CADE são limitadas, porém permitem a identificação de algumas características interessantes.

Primeiramente, observa-se que, ao longo do período 1995-2013, cerca de 33% dos remédios estruturais consistem na venda de um pacote de ativos selecionados, que não constituíam um negócio autônomo. Aproximadamente 28% dos remédios estruturais envolviam a venda de um negócio autônomo, e 13% se referiam à venda/licenciamento de ativos intangíveis⁸¹. O tipo predominante na jurisprudência, portanto, corresponde àquele identificado na literatura como mais sujeito a riscos, especialmente os relacionados à composição do pacote de ativos.

Nem sempre os ativos a serem alienados são detalhadamente descritos nas decisões. Em especial, são incomuns as referências à transferência de pessoal chave ou a contratos essenciais com terceiros, fatores que podem ser cruciais para o sucesso de um novo *player*.

Um dos casos em que houve descrição mais detalhada dos ativos ao longo do voto condutor da decisão é a fusão entre Sadia e Perdigão. O pacote de ativos inclui, além de marcas e estruturas produtivas, a transferência de funcionários, carteira de contratos com produtores para garantir o suprimento das unidades produtivas, garantia de acesso ao sistema logístico para escoamento de produção, e outros elementos.

⁸¹ Aproximadamente 6% dos remédios estruturais foram classificados como “outros”, pois consistem em medidas de natureza estrutural aplicadas pelo CADE que não se encaixam em nenhuma das três categorias anteriores. Em cerca de 20% dos casos, não havia informações públicas disponíveis sobre o pacote de ativos.

Nos casos de imposição unilateral de restrições, é emblemático o AC Ambev⁸², cujo TCD foi elaborado após a determinação do pacote de desinvestimento pelo CADE. É possível verificar que o pacote de desinvestimentos foi definido ao longo do próprio julgamento⁸³, por votação, havendo desacordo entre os Conselheiros acerca de determinados ativos que deveriam ou não compô-lo. Calliari (2010) questiona a eficiência dessa maneira de tomar uma decisão de tal complexidade, pois no processo de submeter ao voto a inclusão/exclusão de novos ativos no momento do julgamento, podem acabar sendo adotadas medidas insuficientes, desnecessárias ou mesmo contraditórias, com grande risco de erro.

Uma prática que pode minimizar riscos de erros na composição de pacotes de desinvestimento é a realização de *market tests* com consumidores e concorrentes. A prática é comum na Comissão Europeia⁸⁴ que, ao receber uma proposta de remédio elabora questionários direcionados a terceiros. As contribuições de terceiros que atuam no mercado em questão podem trazer informações valiosas para a autoridade, sob uma perspectiva diferente das requerentes, que nem sempre têm incentivos a oferecer um pacote suficiente.

Em casos recentes, é possível observar também a utilização de *market tests* pelo CADE – por exemplo, o parecer da Superintendência-Geral no AC 08700.007621/2014-42 (Lafarge S.A./Holcim Ltd.), faz referência à realização de testes de mercado com potenciais compradores dos ativos, a fim de avaliar a suficiência e a adequação do pacote proposto.

O pacote de ativos ideal depende, em grande medida, da identidade do comprador. Caso o comprador já seja um concorrente estabelecido no mercado relevante, ou em mercados vizinhos, é provável que o pacote de desinvestimento ótimo seja inferior àquele que seria necessário para um entrante. Como nem sempre a identidade do comprador é conhecida no momento de formulação do remédio, impõe-se uma dificuldade adicional ao estabelecimento de um pacote de ativos ótimo.

Por fim, há que se ter em conta que as considerações acima retratam preocupações com a suficiência de ativos do ponto de vista do comprador desses ativos. Não obstante, há que se ter em conta que existe um *tradeoff* entre as sinergias dos ativos do pacote de desinvestimento e daqueles que não serão desinvestidos. Quanto mais privilegiado o pacote de desinvestimento, mais carente o conjunto de ativos remanescente e vice-versa. Assim, é preciso que o remédio

⁸² AC n. 08012.005846/1999-12.

⁸³ Ver a Ata da Sessão de Julgamento e o relato da Síntese da Decisão disponível no sítio do CADE na internet, além do apontado por Calliari (2010, p. 10).

⁸⁴ A previsão de realização de *market tests* consta das orientações sobre procedimentos de análise de fusões disponível no sítio da Comissão Europeia na internet (http://ec.europa.eu/competition/mergers/procedures_en.html).

considere não apenas um pacote de desinvestimento eficiente, mas também um conjunto remanescente de ativos para o vendedor que seja também eficiente.

4.2 Comprador adequado

O sucesso de um remédio estrutural depende da existência de um comprador adequado para os ativos desinvestidos. Diante desse fato, os remédios de desinvestimento estabelecem critérios para potenciais compradores, inclusive a determinação de que o nome do comprador seja aprovado pela autoridade.

A Comissão Europeia (2008, p. 15) apresenta uma lista de critérios para que um comprador seja considerado adequado, mas ressalta a importância de que os requisitos sejam estabelecidos caso a caso. No estudo de 2005, a Comissão constatou, a partir da avaliação de uma amostra considerável de remédios, que os requisitos mais comuns para que um comprador seja considerado adequado são: *expertise*; recursos financeiros; incentivos a manter e desenvolver o negócio desinvestido; independência em relação às firmas que são partes na fusão; inexistência de novas preocupações concorrenciais e de riscos de que a implementação do remédio sofra atrasos e capacidade de obter todas as aprovações regulatórias necessárias.

O DOJ (2011, pp. 28-29) também estabelece critérios para a aprovação de um comprador: (i) a venda dos ativos para o comprador proposto não deve gerar preocupações concorrenciais; (ii) o comprador deve ter incentivos a utilizar os ativos para concorrer no mercado relevante, podendo ser utilizadas como evidências os planos de negócios do comprador, tentativas anteriores de entrada no mercado, atuação significativa na produção de produtos complementares, entre outros (DOJ, 2011, p. 29); e (iii) o comprador deve ter capacidade, experiência e condições financeiras de competir no mercado no longo prazo.

A literatura frequentemente alerta para o risco de comportamento estratégico por parte das requerentes ao selecionar um comprador para o pacote de ativos. De fato, as requerentes não têm incentivos para selecionar como comprador uma empresa que terá comportamento concorrencial agressivo.

A Comissão Europeia cita diversos exemplos de comportamento estratégico por parte da firma vendedora, adotado no intuito de dificultar o estabelecimento do novo concorrente. Segundo a Comissão, quase a metade dos remédios analisados que tiveram problemas de desenho e/ou implementação apresentaram indícios de comportamento estratégico do vendedor.

A FTC (1999, p. 15) também lista uma série de comportamentos dos vendedores que se constituíram em obstáculos para a efetividade dos desinvestimentos tais como definir um pacote de ativos muito restrito, vender os ativos para compradores fracos, agir de forma a diminuir a viabilidade do negócio desinvestido (por exemplo, deteriorar ativos, não prover assistência técnica suficiente e utilizar indevidamente informações confidenciais). Também no estudo de 1999 (p. 15), o FTC constatou que, dentre os fatores que dificultam a efetividade na implementação dos remédios, está a insuficiência de informações detidas pelos compradores sobre os ativos que adquirirão. Ademais, diversos compradores relataram à autoridade americana que acreditam não ter poder de barganha suficiente frente aos vendedores no processo de negociação.

Farrell (2003) alerta para o fato de que o próprio comprador dos ativos pode não estar “do mesmo lado” das autoridades por ter incentivo a ajudar a maximizar os efeitos anticompetitivos da fusão, uma vez que o preço que ele pagará reflete os efeitos dos desinvestimentos na concorrência. Portanto, caso as duas partes (vendedor e comprador) tenham ganhos conjuntos ao não utilizar os ativos desinvestidos da maneira mais eficiente, elas poderão ter incentivos para deteriorá-los. Tal estratégia poderia incluir uma compensação para o comprador em termos de menor preço pago pelos ativos, por exemplo, sendo um resultado mutuamente benéfico (Davies e Lyons, 2007, p. 17).

O momento de implementação do remédio pode mitigar os problemas referentes à adequação entre comprador proposto e pacote de desinvestimento ótimo.

O DOJ (2011, pp. 21-25) identifica dois tipos de desinvestimento de acordo com o momento de implementação: os remédios *fix-it-first* e após a consumação da fusão.

Os remédios *fix-it-first* são implementados pelas partes antes que a fusão seja consumada, eliminando a necessidade de notificação da operação às autoridades. Em alguns casos, um remédio *fix-it-first* pode ser mais rápido e eficiente, permitindo que o pacote de ativos seja desenhado para um comprador específico. Uma decisão tradicional, por outro lado, poderia demandar a identificação de um pacote genérico contendo todos os ativos necessários para qualquer comprador potencial aceitável, com maior risco de ineficiência no processo.

Os desinvestimentos após o fechamento da operação (*post-consummation sale*) podem ser de dois tipos: proposição de um *upfront buyer* ou a venda nos termos de um *consent decree* (decisão da autoridade).

No caso de *upfront buyers*, as partes propõem um comprador específico para um pacote de ativos específico. Segundo o DOJ, uma solução nesses moldes pode ser benéfica (i) para as partes, pois abrevia o processo de desinvestimento, proporciona maior grau de certeza do que uma decisão tradicional de procurar um comprador para um pacote de ativos após a consumação da operação, e evita a possibilidade de uma venda determinada pelo DOJ em que as partes tenham que abrir mão de um pacote de ativos maior; e (ii) também para a autoridade, que evita os custos de prosseguir em uma investigação mais longa, além de proporcionar maior grau de certeza acerca da efetividade do desinvestimento para a concorrência.

Nas alienações nos termos de um *consent decree*, que ocorrem na maioria dos casos de desinvestimento avaliados pelo DOJ, a autoridade demanda a identificação de um pacote genérico de ativos a serem desinvestidos (ou seja, não específico para um comprador em especial). Em geral, é permitido que as partes tentem encontrar esse comprador dentro de um prazo estipulado pela autoridade, comprador este que deverá ser necessariamente aprovado pelo DOJ. Caso não consigam, o DOJ poderá nomear um *selling trustee* para conduzir a venda.

No Brasil, os critérios para o comprador têm sido estabelecidos caso a caso. A partir das informações públicas disponíveis no sítio do CADE na internet, foi possível identificar os principais critérios que têm sido exigidos pelo CADE para um comprador de pacote de ativos em remédio estrutural, conforme a tabela 2.

Tabela 2. Principais Critérios Exigidos pelo CADE para Comprador de Pacote de Ativos em Remédios Estruturais

| Critério | Percentual de casos de desinvestimentos em que o critério foi uma exigência |
|---------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| Independência em relação às firmas que são partes na fusão | 62% |
| Não gerar novas preocupações concorrenciais | 34% |
| Incentivo/capacidade de manter e desenvolver o negócio desinvestido | 28% |
| Higidez financeira | 17% |
| Capacidade de obter todas as aprovações regulatórias necessárias | 7% |
| Expertise | 7% |

| | |
|--------|-----|
| Outros | 17% |
|--------|-----|

Elaboração própria, com base em dados disponíveis no sítio do CADE.

Na maior parte dos remédios de desinvestimento (62%), o principal critério é a independência em relação às requerentes⁸⁵. Em segundo lugar, tem-se o critério de não gerar novas preocupações concorrenciais (34%) o que, em geral, está relacionado ao estabelecimento de limites de *market share* para que um comprador seja considerado elegível. Em seguida, tem-se a exigência de higidez financeira (17%), capacidade de obter aprovações regulatórias necessárias (7%) e *expertise* (7%).

Esses dados indicam que a postura do órgão tem sido a de menor interferência no processo de escolha do comprador. Chama a atenção, em especial, a baixa relevância atribuída aos critérios incentivo/capacidade de manter e desenvolver o negócio desinvestido e higidez financeira, que são cruciais para que o comprador se estabeleça como rival efetivo. O critério de higidez financeira é de mais fácil observação; o critério de incentivo/capacidade, ainda que aparentemente mais subjetivo, é avaliado pelo DOJ (2011, p.29), por exemplo, a partir de planos de negócios, tentativas anteriores de entrada no mercado e atuação significativa na produção de produtos complementares.

Os dados públicos disponíveis não permitem concluir sobre o desempenho dos compradores nos mercados relevantes alvo dos remédios. Um estudo nesse sentido seria relevante para avaliar se os compradores têm se tornado rivais efetivos. Um exemplo ilustra a importância das preocupações referentes ao comprador: no supramencionado caso Sadia/Perdigão, a empresa adquirente (Mafrig) desfez-se de ativos adquiridos pouco mais de dois anos depois da celebração do TCD.

4.3 Processo de implementação

A ICN (2005, pp. 6-7) lista os fatores que contribuem para a efetiva implementação e administração contínua de remédios:

- (i) Clareza na definição do remédio;

⁸⁵ Dado que o intuito do remédio de desinvestimento é justamente transferir ativos para um *player* com centro decisório distinto do das requerentes, é muito provável que, mesmo nos casos que não mencionam explicitamente essa condição, uma alienação para uma firma associada pudesse ser contestada pelo CADE.

(ii) Comunicação ativa da autoridade com as firmas fusionadas e terceiros, durante a implementação do remédio, a fim de identificar situações imprevistas e corrigir ações em direção ao alcance do objetivo desejado;

(iii) Continuidade na equipe que trabalhou nas fases de escolha/desenho do remédio e de implementação, de maneira a assegurar que o conhecimento sobre os detalhes da fusão será aplicado na implementação, além de auxiliar a antecipar questões de implementação;

(iv) Avaliação periódica da prática da autoridade em remédios.

Um processo efetivo de implementação também está relacionado à proteção do pacote de desinvestimento enquanto este não é efetivamente transferido ao comprador aprovado pela autoridade. Tal proteção é necessária, pois as firmas fusionadas podem ter incentivos a deteriorar os ativos enquanto a transferência não ocorre, de maneira a tornar o comprador um concorrente menos efetivo. O DOJ (2011, pp. 25-27) menciona as chamadas medidas de separação (*hold separate provisions*) destinadas a assegurar que as partes mantenham o negócio desinvestido separado e próprio para a venda.

A Comissão Europeia (2005) constatou que todos os remédios de desinvestimento da amostra analisada continham obrigações de não degradação do pacote de ativos a ser vendido. Tais obrigações consistem, entre outras: (i) manter o negócio e não adotar medidas que tenham impacto negativo significativo no seu valor, gestão e competitividade; (ii) dar suporte financeiro ao negócio de maneira a que ele continue sendo desenvolvido normalmente; e (iii) reter pessoal chave (pp. 56-58).

A Comissão Europeia também utiliza medidas de preservação e de separação. Destacam-se as de *ring-fencing*, destinadas a evitar troca de informações entre o negócio desinvestido e o vendedor. Tais medidas envolvem especialmente sistemas de informação da empresa e restrições a determinados funcionários em relação à troca de informação comercial sensível. A Comissão constatou que, em diversos casos, a implementação de medidas de *ring-fencing* mostrou-se complexa (p. 60).

Uma importante medida de separação exigida em alguns casos pela Comissão é a nomeação de um *hold-separate manager*. Trata-se de um gestor, indicado pelas partes, que será responsável pela administração do negócio durante um período de transição até o efetivo desinvestimento, preservando o negócio desinvestido e garantindo a separabilidade entre este e o negócio retido pelas partes, sob a supervisão de um *trustee*.

A utilização de *trustees*, aliás, é recomendada por algumas autoridades para diversas funções. Trata-se de supervisores agindo no interesse da autoridade – ainda que, geralmente,

sejam remunerados pelas firmas vendedoras – em circunstâncias nas quais a autoridade não dispõe de recursos ou *expertise* para monitorar diretamente. Os *trustees* devem ser independentes das firmas, ter qualificação apropriada e não podem estar sujeitos a conflitos de interesse (ICN, 2005, p. 14-15).

O DOJ recomenda a nomeação de *trustees*, que podem atuar em funções diversas:

- (i) um *operating trustee* equivale a um administrador independente nomeado especificamente para gerir o pacote de ativos enquanto este não é transferido para o comprador;
- (ii) um *monitoring trustee* exerce a função de um supervisor que deverá fiscalizar se a conduta das requerentes durante o processo de desinvestimento condiz com a decisão da autoridade;
- (iii) um *selling trustee* conduz a venda do pacote de ativos quando as requerentes não foram capazes de fazê-lo dentro do prazo estipulado pela autoridade. A possibilidade de nomeação de um *selling trustee* constitui um incentivo adicional para que as partes efetivamente realizem o desinvestimento dentro do prazo e condições acordadas com a autoridade.

A Comissão também utiliza *trustees* com frequência:

- (i) um *monitoring trustee* pode ter função de supervisionar as operações do negócio desinvestido, garantindo a proteção dos ativos (*preservation monitoring trustee*); fiscalizar o cumprimento das medidas de separação (*hold-separate monitoring trustee*); monitorar processos de separação física e legal (*carve out*) dos ativos do negócio desinvestido que irão compor o pacote de desinvestimento (*carve-out monitoring trustee*); e monitorar o processo de seleção do comprador e a posterior transferência dos ativos para ele, antes e após o fechamento da operação (*divestiture process monitoring trustee*);
- (ii) em alguns casos, pode ser requerido que um *trustee* substitua membros da diretoria da empresa, a fim de garantir a proteção dos ativos; e
- (iii) quando as partes não conseguem realizar o desinvestimento dentro do prazo estipulado, pode ocorrer de um *divestiture trustee* assumir a condução do processo de desinvestimento.

O estudo da Comissão Europeia (2005) traz uma análise da prática da autoridade com a nomeação de *trustees*, sendo que algumas das suas conclusões são:

- (i) em 60% dos casos de desinvestimento analisados, os *trustees* foram nomeados em até um mês a partir da decisão da Comissão;
- (ii) *trustees* que foram nomeados tardiamente encontraram dificuldades para reverter determinadas condutas inapropriadas das partes (p. 90);

(iii) *monitoring trustees* sem conhecimentos sobre a indústria em questão, em geral, encontram dificuldades. O conhecimento da indústria é importante em especial nas funções de *carve-out* (p. 91).

A partir das informações públicas disponíveis no sítio do CADE na internet, é possível observar que são comuns, nas decisões do órgão, determinações no sentido de manter o curso normal dos negócios até que o desinvestimento se complete. No caso Sadia/Perdigão, por exemplo, foram definidas medidas para proteger o pacote de ativos, dentre as quais: manter em pleno funcionamento as unidades produtivas objeto da alienação, em condições operacionais não inferiores às existentes no momento da celebração do TCD; manutenção do nível de emprego nas unidades a serem desinvestidas; manutenção dos patamares dos investimentos em *marketing* nas marcas a serem alienadas. Outro exemplo é o AC Novartis e Alcon⁸⁶, em que também foram determinadas medidas (mantidas confidenciais) para preservar os ativos e garantir a efetividade do desinvestimento.

Ainda que a determinação de medidas de preservação seja relativamente comum nas decisões do CADE, não se observa, no período analisado (1995-2013), menção à utilização de *trustees*. O que se verificou, em diversos casos, foi a contratação de uma auditoria independente para apresentar relatórios atestando o fiel cumprimento de determinados aspectos da decisão. Trata-se, no entanto, de monitoramento muito menos abrangente do que aquele realizado por *trustees* nas autoridades supracitadas.

Não obstante, em dois casos – os dois ACCs firmados ao longo do período analisado, que compreende os anos de 1995 a 2013 – há referências, em pareceres da ProCADE, à existência de um “supervisor nomeado”, muito embora todas as disposições acerca do papel desse supervisor tenham sido mantidas confidenciais. Além disso, Pereira Neto e Azevedo (2015) dão notícia de que em casos mais recentes o CADE utilizou *trustees* de monitoramento (inclusive para medidas comportamentais) e de desinvestimento. Esses elementos indicam que a prática da autarquia pode estar convergindo para a das autoridades citadas.

A exigência de um *trustee* evidentemente aumenta os custos do remédio ao impor às partes o ônus da contratação desses agentes que deverão agir no interesse da autoridade. Por outro lado, a supervisão por um agente independente das partes pode reduzir significativamente os riscos de problemas na implementação do remédio. Naturalmente cabe no CADE uma

⁸⁶ AC nº 08012.003521/2008-57.

análise de custos e benefícios caso a caso com base na experiência bem-sucedida de outras autoridades com a utilização de *trustees*.

5. Remédios Comportamentais

As opções de remédios comportamentais são tão diversificadas que se torna difícil estabelecer um guia sistematizado de melhores práticas. Nesse sentido, os documentos publicados por autoridades se dedicam a apresentar breves recomendações gerais para cada tipo de medida comportamental.

O Guia que constatamos conter a mais ampla sistematização de recomendações para remédios comportamentais é o da *Competition Commission* do Reino Unido. A autoridade recomenda que o desenho desses remédios evite quatro tipos de riscos: (i) de especificação, que estão relacionados à falta de clareza na especificação do remédio; (ii) evasão, ou seja, a possibilidade de que outros comportamentos indesejáveis surjam a partir da restrição do comportamento que é alvo do remédio; (iii) de distorção, associados a eventuais distorções de mercado geradas pelo remédio; e (iv) de monitoramento e *enforcement* não efetivos.

A principal crítica a soluções comportamentais, comum a todos os guias, reside na dificuldade de monitoramento. Uma ferramenta que poderia ser utilizada para contornar tal problema é a utilização de supervisores externos, tal como os *trustees* dos remédios estruturais.

É importante ter em conta, no momento do desenho do remédio, a possibilidade de que outros participantes do mercado – consumidores e concorrentes – estejam envolvidos no monitoramento. Quando esses agentes têm interesses diretamente afetados pelo remédio, eles passam a ter incentivos a relatar à autoridade eventuais desvios de cumprimento por parte das requerentes.

Na experiência do CADE ao longo do período analisado (1995-2013), observa-se que as medidas comportamentais adotadas são bastante heterogêneas. Tomando-se por base a classificação de remédios encontrada no Guia do DOJ, já mencionado acima, cerca de 19% dos remédios comportamentais aplicados poderiam ser classificados como “proibição de determinadas práticas de contratação restritivas à concorrência ou contendo exclusividade”⁸⁷;

⁸⁷ Por exemplo, no caso 08012.004423/2009-18 (Sadia/Perdigão), determinou-se a abstenção de celebrar acordos que impliquem exclusividade (de fato ou de direito) com pontos de venda.

9% poderiam ser categorizados como “compromissos de não discriminação”⁸⁸; 4% como “firewalls”⁸⁹; 4% como “medidas de aumento de transparência”⁹⁰; e 3% como “licenciamento de tecnologias ou outros ativos” (3%). Os 60% restantes, no entanto, não se enquadrariam em qualquer dessas categorias.

Ainda que os remédios contidos nesses 60% sejam muito diversificados, é possível identificar alguns grupos principais. Assim, dentro dessa categoria, as principais medidas encontradas na experiência do CADE consistem no estabelecimento de metas de investimentos, produção, capacidade e/ou eficiências (27% do total de remédios comportamentais compreendidos na categoria “Outros”), obrigações de notificar futuras operações ou alterações na estrutura da firma⁹¹ (14%) e limitações à liberdade de precificar, de expandir oferta/capacidade ou de utilizar marcas (exceto venda ou licenciamento de marca) (13%).

Remédios que envolvem obrigações de notificar futuras operações ou alterações na estrutura da firma, em geral, não exigem monitoramento constante por parte da autoridade; são medidas destinadas a facilitar o acompanhamento, pelo CADE, de determinada estrutura de mercado que demande maior atenção, ou de eventuais mudanças nas condições que foram tomadas como premissas para a decisão (entrada de novos sócios ou alterações na estrutura de governança da empresa, por exemplo). Essas medidas não implicam necessariamente limitações a direitos de propriedade ou à liberdade de as empresas conduzirem suas decisões de negócios da maneira que melhor lhes convier.

⁸⁸ Por exemplo, no caso 08012.000332/2011-28 (Banco do Brasil/Banco Bradesco e Caixa Econômica Federal), determinou-se tratamento não discriminatório a outros agentes, principalmente nos mercados de emissão e credenciamento de cartões de crédito.

⁸⁹ Por exemplo, no caso 53500.012487/2007 (Assicurazioni Generali, Intensa Sanpaolo, Mediobanca - Banca di Credito Finanziario, Sintonia e Telefónica), determinou-se: (i) vedação a troca de informações confidenciais, estratégicas ou concorrencialmente sensíveis; (ii) representantes da Telefonica que integrem o Conselho de Administração da Telecom Italia assinarão declarações por meio das quais assumem compromissos de não trocar informações sensíveis.

⁹⁰ Por exemplo, no caso 08012.005789/2008-23 (Telemar Norte Leste, Brasil Telecom., Invitel e Credit Suisse), foram determinadas as seguintes medidas: manter canal de comunicação com as empresas demandantes, de fácil acesso e compatível com as práticas e tecnologias disponíveis no mercado, bem como adotar procedimentos para mantê-los informados a respeito de determinados aspectos de suas solicitações de EILD e Interconexão; disponibilizar ao CADE mensalmente planilha excel com todas as informações de demanda por serviços de EILD e Interconexão. No caso 08012.011736/2008-41 (Banco do Brasil e Banco Nossa Caixa), foram adotadas medidas para divulgação da portabilidade de cadastro e crédito entre os clientes da compromissária (serviço de atendimento telefônico gratuito para atender correntistas, informando-os sobre portabilidade).

⁹¹ Nos ACs n. 08012.000109/2011-81 e 08012.011323/2010-81 (Allpark Empreendimentos/Zylpin Participações/Allpark Empreendimentos/ Bagattini Participações/CGB Participações), por exemplo, foi determinado que as requerentes submetessem ao CADE todas as novas operações de aquisição de estacionamentos. No AC n. 08012.002467/2012-17 (Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A.; EMS Participações S.A., Hypermarchas S.A., União Química Farmacêutica Nacional S.A. e Bionovis S.A. – Companhia Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica), as requerentes deverão informar ao CADE sobre toda e qualquer alteração (substantiva ou não) nas atividades concretas da JV.

Já as categorias de “metas de investimentos, produção, capacidade e/ou eficiências” e de “limitações à liberdade de precificar, de expandir oferta/capacidade ou de utilizar marcas” compreendem medidas que interferem diretamente em decisões privadas de condução dos negócios. Quase todos os casos de remédios de metas de investimento, produção, capacidade e/ou eficiências consistem em casos julgados até 1997, tendo perfil distinto dos atuais. Não obstante, alguns exemplos recentes podem ser citados.

Nos ACs n. 08700.004155/2012-81 (Azul e Trip Linhas Aéreas) e 08012.008378/2011-95 (VRG Linhas Aéreas e Webjet Linhas Aéreas), foram estabelecidas metas mínimas de eficiência para utilização de todos os *slots* detidos pelas requerentes no aeroporto Santos Dumont, inclusive os que posteriormente venham a obter (e não apenas aqueles obtidos por meio do AC). Caso essas metas não fossem cumpridas, os *slots* deveriam ser devolvidos à Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Trata-se de meta de eficiência de caráter distinto daquelas dos primeiros TCDs celebrados pelo CADE, uma vez que é endereçada a um problema concorrencial claramente identificado - garantir que a infraestrutura escassa seja operada com eficiência, desestimulando estratégias de bloqueio à entrada por meio do controle de *slots* ociosos.

Já nos recentes ACs n. 08012.002018/2010-07 e 08012.002259/2012-18 (Camargo Correa e Cimpor – Cimentos de Portugal) foram estabelecidos compromissos de investimento em programas de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica⁹². Pode-se questionar se medidas com tais características poderiam ser identificadas como *broad-scope* (FARRELL, 2003), uma vez que são intervenções que não guardam claro nexos causal com os problemas concorrenciais decorrentes da fusão.

Os remédios de metas de investimentos, produção, eficiência, etc. trazem as dificuldades práticas de definir qual é o patamar ótimo dessas metas a fim de alcançar os objetivos desejados pela autoridade antitruste, que, ao contrário das agências reguladoras setoriais, não tem *expertise* em setores específicos da economia. Nem mesmo as partes em um AC podem afirmar com exatidão o nível de eficiências que será gerado com a operação, mas apenas estimativas, às vezes com elevada margem de erro. O mesmo se aplica a planos de investimentos que podem requerer constantes mudanças.

⁹² De fato, a justificativa do autor indica motivações distantes da questão concorrencial (p. 95): “Tal obrigação insere-se, em verdade, em um quadro mais amplo, no qual o direito vem sendo utilizado como instrumento criador de instituições para a superação do subdesenvolvimento, a partir da técnica, há muito consagrada em nosso ordenamento jurídico, de atuação do Estado no domínio econômico por indução, a fim de confrontar quadros sobre nossa baixa capacidade de concorrência dinâmica e anêmica realização de inovação tecnológica”.

Com relação a restrições à liberdade de precificar, pode-se citar o recente AC entre American Chemical e Oxiteno⁹³ que gerou reforço de integração vertical entre a produção de álcool laurílico etoxilado –ALE (mercado *upstream*, no qual atuava a Oxiteno) e lauril éter sulfato de sódio - LESS (mercado *downstream*, no qual atuavam tanto a Oxiteno quanto a American Chemical). Foi firmado um TCD no qual as requerentes se comprometeram a fornecer ALE a outros produtores de LESS, em condições normais de precificação, evitando restrições à aquisição do insumo por concorrentes no mercado a jusante. Assim, foram definidas bandas de preços⁹⁴ para o LESS, de maneira a determinar um limite a partir do qual os preços poderiam ser considerados “atípicos” em relação à prática usual da Oxiteno no mercado.

Com relação a restrições de quantidades ofertadas, no AC n. 08012.006927/2010-14 (Multi Brasil/Anhangera Educação Profissional) foi determinado o compromisso de não expandir a oferta de cursos de idiomas, a partir de novos franqueados, em determinados municípios, pelo prazo de 24 meses. Já no AC n. 08012.005889/2010-74 (Citrovita/Fischer), um dos compromissos foi que as requerentes – compradoras de laranja *in natura*, detentoras de elevado poder de barganha em relação aos citricultores – por cinco anos não expandissem suas próprias áreas cultiváveis dedicadas ao plantio de laranja. O diagnóstico do Conselho foi o de que a verticalização das requerentes diminuía sua dependência em relação aos produtores de laranjas, o que permitia o exercício de poder de mercado pela compressão de margens das laranjas adquiridas.

Quanto às restrições à utilização de marcas, os dois casos emblemáticos são Kolynos/Colgate⁹⁵ e Sadia/Perdigão⁹⁶. Em geral, o órgão prefere o desinvestimento ou licenciamento de marcas, e não a supressão. Nesse sentido, o próprio AC Sadia/Perdigão determinou a alienação de determinadas marcas; no caso Ambev (08012.005846/1999-12) foi determinada a alienação da marca Bavaria e outros ativos; no caso Pepsico e Companhia Brasileira de Bebidas (08012.000212/2002-30) foi determinada a alienação da marca Marathon e seus ativos; nos casos Suzano Bahia Sul/Ripasa e Votorantim/Ripasa (08012.010195/2004-19; 08012.010192/2004-77) foi determinada a venda da marca Ripax.

No primeiro caso, julgado em 1996, em decorrência da elevada concentração verificada no mercado de pastas de dente, foi determinada a suspensão temporária da marca Kolynos no

⁹³ AC nº 08700.004083/2012-72.

⁹⁴ Os limites de preços são calculados de acordo com uma função para o preço de ALE, determinada no voto do relator.

⁹⁵ AC nº 27/1995.

⁹⁶ AC nº 08012.004423/2009-18.

mercado interno. Ocorre que a empresa lançou uma marca alternativa, a Sorriso, na tentativa de “transferir” os consumidores da marca retirada do mercado. Ao fim do período de proibição do uso da Kolynos, a empresa manteve a marca Sorriso.

No segundo caso, além de medidas estruturais, foi determinada a suspensão do uso da marca Perdigão no mercado brasileiro, em determinados produtos, além da suspensão da marca Batavo para determinados produtos, por prazo determinado. Foram ainda definidas restrições à criação de novas marcas e à utilização de marcas existentes.

O guia de remédios da Comissão Europeia (2008, p. 4-5) registra que a autoridade não recomenda a utilização de compromissos de não aumentar preços, reduzir gama de produtos ofertados ou remover marcas, especialmente no caso de sobreposições horizontais. No *Merger Remedies Study* (2005, p. 123), a autoridade relata apenas um remédio em que foi determinada a retirada de uma marca do mercado; de qualquer forma, o documento é bastante crítico com relação aos resultados alcançados com essa medida: “*ainda que seja possível que o remédio tenha, de forma limitada, fortalecido concorrentes (ainda que não haja garantia de que o market share referente ao produto tenha retornado parcial ou integralmente para as requerentes), a retirada definitivamente reduziu as escolhas do consumidor e degradou valor comercial*” (p. 123, tradução livre).

Nos dois casos de suspensão de marcas no Brasil, no entanto, há uma importante ressalva à crítica: em casos como Kolynos e Perdigão, em que as marcas não se aplicavam apenas aos produtos alvo da intervenção, mas também a vários outros em que não se identificava problemas concorrenciais, a alienação da marca poderia ser considerada desproporcional, semnexo causal com a operação. No caso da Kolynos, por exemplo, o problema concorrencial se limitava ao creme dental e não incorporava a escova dental, o fio dental e o enxaguante bucal. Seria de difícil aplicação um remédio que determinasse alienar o creme dental Kolynos, e deixando os outros três produtos com a requerente. Esta divisão comprometeria a reputação e, portanto, o valor da marca aplicada a todos os produtos Kolynos. A suspensão da marca evitaria este problema.

O guia de remédios da *Competition Commission*, do Reino Unido, também apresenta uma visão crítica de remédios de controle de resultados, tais como *price caps*, compromissos de fornecimento e de nível de serviço. Para a autoridade, tais remédios, além de serem de complexa implementação e monitoramento, também podem criar significativas distorções de mercado (2008, p. 14).

Këllezi e Rapin (2012, p. 3) relatam que remédios com alvo em preços e quantidades produzidas são exceções na União Europeia⁹⁷. Os autores argumentam que medidas dessa natureza, além da dificuldade de monitoramento, suscitam outros tipos de preocupações. Por exemplo, se um *price cap* fixado pela autoridade for muito baixo, os consumidores se beneficiam de preços menores, mas estes últimos tendem a afastar concorrentes efetivos e potenciais, levando à redução da diversidade ou das quantidades ofertadas (2012, p. 3).

Ainda segundo Këllezi e Rapin, os remédios que determinam aumento de oferta (ou capacidade) visam a mitigar o risco de redução de oferta/capacidade após a fusão, e, em alguns casos, podem ir além da manutenção do *status quo*, melhorando as condições concorrenciais do mercado⁹⁸. Não se pode descartar, no entanto, com base nas reflexões de Farrell (2003), o risco de que medidas desse tipo constituam *over-fixing*, ou seja, demandar um remédio que resulte em mais concorrência do que o cenário pré-fusão. Isto tende a desincentivar fusões eficientes.

Já os remédios de restrições a incremento de oferta/expansão de capacidade da firma fusionada⁹⁹ têm, para Këllezi e Rapin, efeitos ambíguos: por um lado, eles podem reduzir o risco de comportamento predatório da firma fusionada (seja em relação a compradores de um pacote de ativos ou a outros concorrentes no mercado) mas, ao mesmo tempo, podem limitar o desenvolvimento da firma, além de ter o potencial de reduzir a oferta. Há, portanto, dúvidas sobre se esse tipo de remédio de fato resguarda a efetiva concorrência no mercado.

6. Conclusões

⁹⁷ Seguem alguns dos exemplos relatados pelos autores. Em 2004, a *Competition Commission* (Reino Unido), ao analisar uma fusão no setor de saúde, adotou um remédio que consistia na determinação de que a firma adquirida deveria manter sua linha de produtos, não aumentar preços e manter descontos de determinados produtos. Em 2009, a autoridade holandesa impôs *price caps* e controles de qualidade em uma fusão entre hospitais; o remédio foi utilizado com o objetivo de garantir que ganhos de eficiência fossem repassados aos consumidores. A Comissão Europeia, no AC vertical Apollo/Bakelite, que acarretou aumento de poder de mercado no segmento *upstream*, aceitou os seguintes remédios: manutenção do nível de produção anterior (com margem de adaptação de 5%) e estabelecimento de um *price cap* e uma forma de cálculo de preços que leva em consideração a evolução de preços de insumos.

⁹⁸ Um exemplo de remédio de aumento de capacidade/oferta citados por Këllezi e Rapin foi o aplicado pela autoridade da Áustria: foi estabelecido um *price cap* em serviços de infraestrutura providos pelo Aeroporto de Viena, em conjunto com compromissos de não reduzir capacidade de infraestrutura e executar planos de ampliação do aeroporto de Bratislava (p. 5).

⁹⁹ Como exemplo de remédios que limitam a expansão de capacidade, os autores citam os desinvestimentos no mercado de supermercados. Em geral, esses desinvestimentos estão associados à restrição de abrir novas lojas em áreas específicas.

A teoria econômica tem muito a informar sobre a formatação do “remédio ótimo”. Autores importantes em economia do antitruste como Joseph Farrell, John Kwoka, Patrick Rey e Massimo Motta têm aportado importantes contribuições que junto a documentos de instituições como OCDE, ICN e de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia compõem um corpo robusto de princípios a serem aplicados no desenho dos remédios.

Mais do que ter claro os princípios econômicos, já há uma tecnologia de implementação dos remédios que está se desenvolvendo em função da experiência concreta das autoridades antitruste. Enquanto o Brasil ainda engatinha em sistematizar melhor tanto os princípios como a tecnologia, muito se tem desenvolvido na experiência concreta dos remédios.

A falta de uma avaliação dos impactos dos vários tipos de remédios, no entanto, pode cobrar o seu preço e comprometer a consistência da intervenção.

7. Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Cristiane L. Termo de compromisso de desempenho em ACs no Brasil: uma comparação com a experiência estrangeira. Revista do IBRAC, Ano 19, vol. 21 – jan-jun de 2012.

BRASIL .Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, que expediu o Guia para análise econômica de ACs horizontal.

CABRAL, Luís M. B. Horizontal mergers with free-entry: why cost efficiencies may be a weak defense and asset sales a poor remedy. International Journal of Industrial Organization. Elsevier, 2003, pp. 607-623.

CANADÁ. Information Bulletin on Merger Remedies in Canada. Competition Bureau, setembro de 2006. Disponível em [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf/\\$FILE/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf/$FILE/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf) .

DAVIES, Stephen, e OLCZAK, Matthew. Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm? Review of Industrial Organization. Setembro de 2010, Volume 37, Issue 2, pp 83-99.

DAVIES, Stephen, e LYONS, Bruce. Mergers and Merger Remedies in the EU: assessing the consequences for competition. 2007. Cheltenham/Ingraterra: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

DERTWINKEL-KALT, Markus e WEY, Christian. The Effects of Remedies on Merger Activity in Oligopoly. Discussion paper 81. Düsseldorf Institute for Competition Economics.2012.

DUSO, Tomaso, GUGLER, Klaus, e SZÜCS, Florian. An Empirical Assessment of the 2004 EU Merger Policy Reform. 2012. No prelo.

DUSO, Tomaso, GUGLER, Klaus, e YURTOGLU, Burcin. How effective is European merger control? European Economic Review 55, Maio de 2011, pp. 980-1006.

ESTADOS UNIDOS. A Study of the Commission`s Divestiture Process. Federal Trade Commission, 1999. Disponível em <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf>

_____. Department of Justice policy guide to merger remedies. 2011. Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf> .

_____. Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies. Federal Trade Commission, 2012. Disponível em <http://www.ftc.gov/system/files/attachments/negotiating-merger-remedies/merger-remediesstmt.pdf> .

FARRELL, Joseph. Negotiation and Merger Remedies: Some Problems. In: LÉVÊQUE, François, e SHELANKSI, Howard. Merger Remedies in American and European Union Competition Law. Edward Elgar Publishing Limited, 2003. Pp. 95-105.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Merger Remedies Review Project: Report for the fourth annual conference. 2005. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>

KWOKA. Does merger control work? A retrospective on US enforcement actions and merger outcomes. *Antitrust Law Journal* , Vol. 78, 2013.

LÉVÊQUE, François. A Preliminary Assessment of Merger Remedies in the EU Electricity Sector. Artigo apresentado e Simpósio organizado pela Ecole des Mines, 4 de outubro de 2001, Paris. Disponível em:

http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/cerna_regulation/ColloqueMAs/Leveque.pdf.

MATTOS, César. Remédios em ACs: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda F., e RUIZ, Ricardo M. (org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 61-99.

MCFARLAND, Henry B. The Role of Conduct Remedies in Addressing Merger Competitive Effects. *The Threshold*, Volume XII, nº 1, 2011. Disponível em: http://ei.com/downloadables/conduct_remedies.pdf

MEDVEDEV, Andrei. Structural remedies in merger regulation in a Cournot framework. TILEC Discussion Paper. 2004.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

MOTTA, Massimo, POLO, Michele e VASCONCELOS, Helder. Merger Remedies in the European Union: An Overview. In: LÉVÊQUE, François, e SHELANKSI, Howard. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2003. Pp. 106-128.

OECD. Remedies in merger cases. 2003. Disponível em:

<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/34305995.pdf>

_____, Policy Roundtables – Remedies in Merger Cases. 2011. Disponível em:

<http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVERIA, Amanda F., e RUIZ, Ricardo M. (org.). Remédios Antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 17-30.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, e AZEVEDO, Paulo Furquim. Remédios no âmbito de Acordos em Controle de Concentração (ACCs): um balanço dos primeiros anos da Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques (organizador). A Lei 12529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. Editora Singular, 2015.

REINO UNIDO. Merger Remedies: Competition Commission Guidelines. 2008. Disponível em:

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284415/cc8.pdf>.

REY, Patrick. *Economic Analysis and the Choice of Remedies*. In: LÉVÊQUE, François, e SHELANKSI, Howard. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2003. Pp. 129-134.

SELDESLACHTS, Jo, CLOUGHERTY, Joseph A. e BARROS, Petro Pita. Remedy for Now but Prohibit for Tomorrow: The Deterrence Effects of Merger Policy Tools. Discussion Paper SP II 2007 – 02, Wissenschaftszentrum Berlin, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Merger Remedies Study. Directorate-General for Competition, 2005. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas

Deborah Batista Caixeta¹⁰⁰

RESUMO

As concentrações por cooperação assumem distintas formas legais, três delas de relevância para aplicação da Lei n. 12.529/2011: os consórcios, as joint ventures e os contratos associativos. O presente estudo centra-se na figura dos contratos associativos, procurando fixar um conteúdo típico dessa modalidade e seus critérios de notificação e enquadramento nas hipóteses elencadas no artigo 90 da Lei n. 12.529/2011. Nesta linha, a Teoria da Organização Industrial apresenta importante instrumental de análise para assimilar a função que tais contratos assumem no atual cenário econômico, enquanto estruturas que correspondem à “terceira-via” entre as formas extremas de organização da atividade empresarial. Por fim, o trabalho traz uma abordagem geral sobre a Resolução/CADE nº 10 de 2014, com o intuito final de poder contribuir para o aperfeiçoamento do controle preventivo conduzido pelo CADE no que diz respeito aos contratos associativos, que ainda não apresenta parâmetros claros e objetivos para a identificação desses contratos.

Palavras-chaves: Direito concorrencial das estruturas. Contratos associativos. Resolução/CADE nº10 de 2014.

ABSTRACT

“Concentrations by cooperation” can take different legal forms, three of them of particular relevance to Brazilian Antitrust Law No. 12.529 / 2011 application: consortium, joint ventures and associative contracts. The object of this study focuses on the figure of associative contracts, seeking to fix a typical content of this type of contract that can serve as a practical guideline for streamlining the application of article 90 of Law No. 12.529/2011. Therefore, the study covers a dimension of industrial economy, which seems to be relevant for understanding the role that cooperation contracts take into the current economic scenario, as they can assume structures consisting on "third-ways" between the extreme forms of business activity organization. Finally, the paper provides a general approach on Resolution No. 10 of 2014, recently published by CADE, which deals with the identification and notification criteria of associative contracts to the structural control. This approach can contribute to understand and improve the preventive control that is being conducted by CADE with respect to these contracts, which is still far from offering clear and objective parameters of the law enforcement.

Key-words: Antitrust Law. Structural control of economic power. Concentration by cooperation. Associative contracts. CADE.

¹⁰⁰ Advogada. Graduada pelo Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília-UNB. Residente em San José/Costa Rica desde maio 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desafios contemporâneos do antitruste - a “terceira via” entre empresa e mercado; 2.1. Contribuições da teoria da organização empresarial; 2.2. Formas de “concentração por cooperação”; 3. Contratos associativos; 3.1. Consórcios e joint ventures societárias e contratuais; 3.2. Uma tentativa de delimitação do núcleo próprio dos contratos associativos; 3.2.1. Relações contratuais e as formas de organização da atividade empresarial; 3.2.2. Contratos associativos para fins de aplicação da lei n.12.529/11; 4. As regras definidas pelo cade para notificação de contratos associativos; 4.1. Resolução cade nº 10 de 04 de novembro de 2014; 4.1.1. Da necessidade de exclusão do critério de *market share*; 4.1.2. Da necessidade de ampliação dos critérios estabelecidos na Resolução; 5 Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

O direito da concorrência tem como objeto o controle do poder econômico, o que pode ocorrer tanto pelo controle dos comportamentos, como pelo controle preventivo das estruturas.

O controle preventivo, objeto do presente estudo, procura impedir a formação de estruturas de mercado que podem alterar as relações de concorrência e favorecer a concentração ou a formação indevida de poder econômico. Ainda sobre esta perspectiva, duas são as formas de estruturação do poder econômico que estão sujeitas ao controle preventivo: as concentrações tradicionais e as concentrações por cooperação. Muitas críticas, no entanto, são endereçadas à sujeição dos acordos de cooperação ao controle preventivo, uma vez que, dentro dessa modalidade, é difícil traçar uma linha exata que distinga os atos ordinários empregados pelas empresas no curso normal do negócio, daqueles atos que de fato tem relevância para o direito da concorrência.

No caso brasileiro, referida controvérsia está atualmente presente na necessidade de notificação dos contratos associativos ao controle preventivo exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência brasileira – Lei n. 12.529/2011. A controvérsia existe especialmente porque não há uma definição clara no ordenamento jurídico do que seriam tais contratos e quais deles de fato possuem relevância concorrencial – um trabalho que recentemente coube ao CADE fazer por meio da edição da Resolução n. 10 de 2014. Tal conceituação, contudo, não foi acompanhada de maior reflexão sobre as especificidades dos contratos associativos que

deveriam torná-los objeto de controle preventivo do direito concorrencial. A presente pesquisa busca preencher tal lacuna.

O objetivo do presente estudo é, portanto, apresentar uma caracterização da figura dos contratos associativos, procurando fixar um conteúdo típico dessa modalidade contratual – principalmente numa lógica de compreensão geral de tipos de relações negociais – que possa servir de diretriz prática para a aplicação do direito concorrencial aos casos concretos, principalmente no que toca aos critérios de notificação destes contratos e seu enquadramento nas hipóteses elencadas no artigo 90 da Lei n. 12.529/2011.

A pesquisa está organizada da seguinte forma. O primeiro capítulo procura retratar os desafios contemporâneos do direito da concorrência em delimitar o objeto de incidência do controle preventivo de estruturas, levando em consideração as recentes contribuições da Teoria da Organização Industrial e a relevância que o conceito de ato de concentração assume na aplicação do dispositivo legal.

As formas específicas de “concentração por cooperação” serão estudadas no segundo capítulo, procurando identificar o núcleo próprio dos contratos associativos. O ponto de partida da análise é compreender os contratos associativos enquanto estruturas que correspondem à “terceira-via”, a partir de suas semelhanças com as demais formas de concentração por cooperação prevista na legislação: consórcios e *joint ventures*.

Por fim, o último capítulo traz uma abordagem geral sobre a Resolução nº 10 de 2014, recentemente editada pelo CADE, que trata dos critérios de identificação e notificação dos contratos associativos ao controle preventivo. O intuito nesse capítulo é demonstrar que a Resolução, além de não ser acompanhada de maior reflexão sobre as especificidades dos contratos associativos, está longe de trazer parâmetros claros e objetivos que permitem essa identificação. Isso significa que o CADE ainda tem um longo caminho na busca de métodos transparentes e adequados para a notificação de arranjos contratuais que envolvam estruturas cooperativas que fogem aos casos clássicos de concentração econômica.

O estudo procura definir, desta forma, o que são contratos associativos e em quais circunstâncias os referidos contratos podem ser identificados como objeto do controle concorrencial das estruturas. O intuito final do trabalho é poder contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do controle preventivo que vem sendo conduzido pelo CADE desde a edição da Lei n. 12.529/2011, principalmente em razão da recente publicação da Resolução CADE nº10 de 2014, que trata dos critérios de notificação dos contratos associativos.

2. Desafios contemporâneos do antitruste - a “terceira via” entre empresa e Mercado

2.1. Contribuições da Teoria da Organização Empresarial

O processo de crescimento tradicionalmente orientado pelos fenômenos de cooperação – caracterizado pela manutenção da individualidade própria de cada empresa – e de concentração – subjacente a perda dessa individualidade, hoje assume contornos ainda mais complexos, no que diz respeito a variedade de elementos sobre os quais se estrutura.

O estudo da organização industrial, em suas contribuições mais atuais, tem transcendido o seu antigo apego baseado em modelos “estrutura-conduta-performance”, uma vez que o processo alternativo conjuga, numa ponderação variável, elementos característicos quer da coordenação, quer da concentração empresarial, determinando a estratégia de atuação da empresa no mercado.

Isso significa que a atuação da empresa, que se dá a partir de decisões relacionadas ao processo de *make or buy*, já não está condicionada somente à transações de mercado ou transações internas na própria unidade empresarial. Neste aspecto, a Teoria da Organização Industrial apresenta um importante avanço desde a Teoria da Firma de Ronald Coase, e tem como expressão máxima as críticas desenvolvidas por Richardson. Segundo este doutrinador, as opções tradicionais de produzir bens e serviços dentro da própria organização empresarial ou adquiri-los no mercado nem sempre levará a arranjos organizacionais adequados para a performance da empresa no mercado (Richardson, 1999).

No plano econômico, a progressiva internacionalização da atividade empresarial, combinada com a crescente tecnologia da informação e com a maior complexidade técnica do processo de produção, tem levado ao advento de modalidades mais flexíveis de organização da atividade, para fazer frente às necessidades impostas por essas transformações no cenário econômico. Assim, opta-se por uma terceira alternativa entre produzir ou simplesmente comprar (*make or buy*), rompendo com a tradicional dicotomia proposta por Ronald Coase de que a organização da atividade econômica se dá somente nas formas puras de empresa ou de mercado. Isto é, de que a organização empresarial se dá somente segundo uma relação de autoridade no âmbito da empresa ou segundo transações consensuais no mercado (Hart 1999, p. 202).

Dá a crítica de Ana Frazão (2015) no sentido de que a teoria de Ronald Coase acaba menosprezando as diversas gradações e combinações entre as opções extremas relacionadas ao

processo de *make or buy*, já que parte de uma premissa reducionista de que a decisão do agente econômico é polarizada pela empresa ou pelo mercado.

É justamente nesta linha em que são desenvolvidas as críticas de Richardson (1999, p. 59) à teoria coasiana. O autor entende que a teoria ignora a existência de uma grande variedade de atividades industriais que são relevantes para compreender as formas de cooperação empresarial. Richardson (1999, p. 59) assim compreende que o mercado e a empresa não são propriamente termos contraditórios, mas sim pontos extremos de um contínuo movimento entre situações de “mercado puro” (“*pure market*”) e de “empresa pura” (“*pure firm*”), em que há vários estágios intermediários, o que o autor define como “*firm like markets*” ou “*markets like firm*”, o que define como a “terceira-via” entre as formas extremas de organização da atividade econômica.

O desenvolvimento desta “terceira-via” foi interpretado por Imai e Itami (1999, p. 293-317) como um processo de interpenetração entre empresa e mercado ou, ainda, como um processo de “quase integração vertical” (Blois 1999, p. 320-338) (Contractor e Lorange, 2002). Esse processo é normalmente caracterizado por uma constante dependência econômica entre as empresas relacionadas, podendo gerar situações de influência concorrencial de uma sobre a outra (Blois 1999, p. 320-338).

Nesse cenário, uma nova forma de relação interempresarial é projetada no sentido de busca preservar a flexibilidade das transações comerciais, reduzindo os custos, mas, ao mesmo tempo, garantir padrões mínimos de estabilidade para lidar com as incertezas do mercado, principalmente com relação ao comportamento oportunístico das partes.

Os desenvolvimentos recentes no campo da economia industrial – se por um lado ampliaram o conhecimento acerca dos possíveis efeitos econômicos de várias práticas empresariais, demonstrando a existência de efeitos tanto pró como anticompetitivos que eram ignorados – por outro, construíram um modelo de mercado muito mais complexo e confuso do que aqueles até então prevalentes na prática antitruste (Hovenkamp 2002, p. 5).

O contexto econômico é, então, marcado por uma verdadeira “contratualização” dos processos produtivos, por meio da multiplicação de alianças externas e novas formas de governo contratual, recobrando uma posição dos contratos a um ponto intermediário entre a via do mercado e a via da integração empresarial (Williamson, 1999). Nesse cenário, vem se verificando a importância cada vez maior da desverticalização da atividade empresarial e da formação de sociedades em redes, a exemplo do que ocorre principalmente no setor de alta tecnologia.

Neste aspecto, é importante lembrar a advertência de Manuel Castells (2002, pp. 217-232), ao afirmar que uma das características da atual economia e sociedade de rede é precisamente a formação de novos modelos de estruturas empresariais a partir de redes multidirecionais e alianças estratégicas entre empresas de pequeno e médio porte que são controladas ou conformadas por grandes empresas de tecnologia, a partir do modelo de licenciamento e subcontratação da produção.

Segundo Richardson (1999, p. 62), esses acordos são baseados na licença ou *pooling* de patentes, mas de modo geral dispõem sobre troca de *know-how* por meio de transferência de informações, concessão de ferramentas e pessoal especializado. Frequentemente, esses acordos são mais permanentes do que uma simples transferência de licença e tendem a resultar na sujeição das partes à uma variedade de restrições sobre sua liberdade comercial (Mariti e Smiley 1999, p. 279).

Transferência de tecnologia requer estruturas específicas de governança em razão dos requisitos especiais desse tipo de transação, em que a identidade das partes e a frequência da relação são aspectos claramente destacáveis (Williamson 1999, p. 180), razão pela qual alguns autores entendem que nestes casos, de uma forma ou de outra, parece provável que a concorrência será, em algum grau, reduzida (Richardson 1999, p. 70) (Mariti e Smiley 1999, p. 291).

É possível observar, portanto, que de um modo geral, essa reorganização do processo produtivo tem manifestado uma preferência marcante pela adoção do esquema reticular, em que a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária no capital, mas adota antes a forma de uma rede de contratos estáveis, o que tem alterado, inclusive, as relações de poder entre as empresas relacionadas.

Essa tendência faz acelerar processos de cooperação interempresarial de complexidade variável, podendo estes assumirem forma de verdadeira integração empresarial, desde que as empresas participantes não percam as bases mínimas da sua individualidade própria (Silva Morais 2006, p. 164), o que se conhece por uma “concentração por cooperação”. Deste modo, tais estruturas representam desafios complexos para o direito da concorrência, principalmente para identificar contratos que realmente caracterizam formas de concentração por cooperação.

2.2. Formas de “concentração por cooperação”

Acordos de cooperação podem assumir distintas formas legais¹⁰¹, mas independentemente da forma que venham assumir, uma coisa é certa, os acordos de cooperação têm capacidade de alterar a estrutura competitiva do mercado (Mariti e Smiley 1999, p. 289), tornando-o, em alguns casos, mais concentrados. Tais acordos são, portanto, objeto de preocupação do direito concorrencial, inclusive pelas disposições do inciso IV, artigo 90 da Lei n.12.529/2011, que prevê formas de cooperação que podem estar sujeitas ao controle prévio.

Como bem observa Ana Frazão (2015, p. 14), o que todos esses arranjos têm em comum é desafiar a dicotomia empresa/mercado proposta por Ronald Coase, apresentando-se como estruturas que combinam elementos e características tanto da organização típica das empresas como também da coordenação inerente ao mercado. Isso significa que tais arranjos podem apresentar em sua composição tanto elementos estruturais quanto elementos comportamentais, inclusive em decorrência de uma relação obrigacional, apresentando-se como formas híbridas entre a concorrência de mercado (onde predomina o comportamento) e a hierarquia da firma (onde predominam as estruturas). Sob essa perspectiva, a natureza concorrencial da relação existente entre as partes pode assumir formas tanto concentrativas (quando se dá pela formação de um novo centro de decisão), quanto cooperativas, muitas vezes não havendo uma distinção clara dessa natureza no caso concreto¹⁰².

“Cooperação” pressupõe que os entes participantes conservem a sua individualidade jurídico-econômica e que mantenham certa autonomia econômica e organizativa entre elas. Deste modo, na medida em que partes independentes se relacionam, “cooperação”, em seu sentido mais amplo, é qualquer acordo explícito de longa duração entre duas ou mais empresas autônomas, que pode ou não envolver alguma remuneração financeira (Mariti e Smiley 1999, p. 276).¹⁰³

Outro aspecto apontado por Mariti e Smiley é a necessidade de haver uma clara disposição das partes no sentido da cooperação¹⁰⁴. Ou seja, enquanto as partes relacionadas não

¹⁰¹ Em sua obra Mariti e Smiley citam como exemplos de contratos cooperativos os consórcios licitantes e *joint ventures*. (1999, p. 279).

¹⁰² Williamson (1999, p. 169) enfatiza que o paradigma das relações contratuais entre as empresas, tradicionalmente amparado na premissa de que essas relações são “*sharp in by clear agreement; sharp out by clear performance*”, apresenta falhas uma vez que muitas relações contratuais não se assentam em tipos bem definidos.

¹⁰³ Nesta linha, cooperação envolve, de acordo com Contractor e Lorange (2002) *several governance modalities ranging from relational contracting to licensing, to logistical supply-chain relationships, to equity joint ventures*. (Contractor e Lorange 2002, p. 486).

¹⁰⁴ Nas palavras dos autores, só porque a maioria do insumo é adquirido *ex post* [a existência um contrato] de um único fornecedor, não implica que há um acordo de cooperação em vigor entre eles, a menos que tenha havido uma compreensão explícita de ambas as partes nesse sentido antes mesmo da ocorrência do fato (Mariti e Smiley 1999). Deste modo, não haveria que se falar em cooperação de fato. Deve haver uma clara disposição das partes no sentido da cooperação. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma coordenação de mercado.

assumem qualquer obrigação a respeito das suas futuras condutas, não haverá qualquer processo de cooperação entre elas. Na ausência de qualquer continuidade da associação para além daquela atividade específica contratada, haverá tão somente um ato isolado de comércio. Deste modo, acordos de cooperação requerem para sua configuração o estabelecimento de ligações interorganizacionais estáveis e duradouras entre as partes, direcionada a uma regulação do futuro da relação entre elas (Mariti e Smiley 1999, p. 289).

Sendo assim, para um acordo de cooperação ser objeto de incidência do controle preventivo do antitruste, nos moldes determinados pelos artigos 88 e 90 da Lei n. 12.529/2011, deve haver, necessariamente, uma “cooperação qualificada” entre as partes, que implique elementos concentrativos de mercado, dando ensejo a modalidades de “concentração por cooperação”. Neste sentido é a lição de Salomão Filho (2013) de que é preciso identificar o caráter concentrativo dessas relações para poder aplicar-lhes a disciplina do controle preventivo, por força da limitação do art. 88 da Lei.¹⁰⁵

Nesta linha, Ana Frazão (2015a, p. 16) aponta como elementos a partir dos quais seria possível identificar o caráter concentrativo destas operações: (ii) o compartilhamento de risco entre os contratantes; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.

Isso significa que, de modo geral, as concentrações por cooperação abarcam qualquer “ação realizada em proveito mútuo” (Lima Pinheiro 2003, p. 57), desde a constituição de contratos associativos – que são desprovidos de uma organização comum mais rígida – até as hipóteses de fusão e aquisição de empresas – que são formas de concentração pura. Ademais, essa modalidade não exige, necessariamente, a formação de uma nova organização empresarial autônoma, sendo suficiente para a sua configuração a perda relativa de autonomia das partes relacionadas, já que desta perda, subjacente a existência de um objetivo em comum, se resulta a formação de uma nova unidade econômica capaz de alterar a estrutura de concorrência do mercado.

¹⁰⁵ Contrariamente à legislação concorrencial anterior (Lei n. 8884/94), que optou por ser conceitualmente aberta, o novo diploma estabelece como requisito para incidência do controle estrutural a existência de um ato de concentração, ou seja, que da operação resulte (i) alteração na estrutura organizacional das empresas envolvidas, (ii) alteração não-transitória e (iii) formação de uma unidade de comando distinta daquela preexistente. Sendo assim, as cooperações somente serão objeto do controle de estruturas na medida em que implique a formação de um ato de concentração, isto é, que apresente elementos concentrativos de mercado.

A título exemplificativo, a figura abaixo procura localizar as modalidades de concentração por cooperação que podem existir entre as formas extremas – empresa e mercado, onde predominam, respectivamente, as formas de concentração e coordenação – de relação entre empresas:

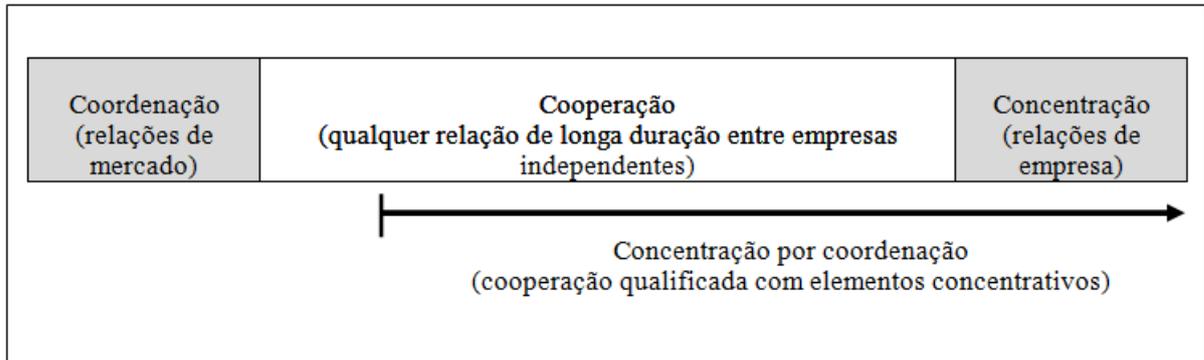


Fig.1 – Tipos de concentração por cooperação

* A figura procura retratar a cooperação empresarial compreendida em seu sentido mais amplo. Na linha do que os autores Mariti e Smilei (1999) entendem, cooperação como qualquer relação de longa duração entre as partes. Para autores como Williansom (1999), não basta que o contrato seja de longa duração, as cooperações empresariais envolvem elementos de governança projetados para disciplinar a atuação futura das partes.

Sendo assim, para os efeitos do presente estudo, entende-se o caráter concentrativo das cooperações quando dessas relações resulte na fixação de um fim comum entre as partes, resultando, conseqüentemente, na formação de uma nova unidade empresarial em razão da perda relativa de autonomia econômica subjacente a existência de um escopo em comum, tal como ocorre nas hipóteses elencadas no artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011, como se verá a seguir.

3. Contratos associativos

3.1. Consórcios e *joint ventures* societárias e contratuais

Acordos de cooperação podem assumir distintas formas legais, mas três delas são relevantes para aplicação da Lei n. 12.529/2011: os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos, já que constituem modalidades de “concentração por cooperação”.

Consórcios são exemplos típicos de concentração por cooperação, uma vez que, por determinação legal, duas empresas independentes formam uma nova unidade de produção estruturada sem a perda da autonomia jurídica e financeira das pessoas jurídicas contratantes.

Trata-se de uma modalidade de cooperação limitada a um projeto específico, a partir do qual as empresas poderão extrair benefícios mútuos. A disciplina legal constante do artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas deixa clara a existência de um “empreendimento comum” entre os contratantes, que, no entanto, por se tratar de um contrato, dispensa a criação de nova pessoa jurídica. Os consórcios apresentam, nesta linha, uma cooperação qualificada pelo fim em comum, inclusive com estrutura organizativa própria e determinada legalmente, em que alguns autores os aproximam de verdadeiros contratos de sociedade (Frazão 2015). Isso porque muitas das cláusulas obrigatórias desse tipo contratual encontram-se igualmente presentes nos contratos de sociedade (Frazão 2015), conforme disposição do artigo 279 da Lei das AS.

As *joint ventures*, tal como os consórcios, são exemplos de estruturas intermediárias que constituem a “terceira via” entre a sociedade empresária e o mercado. No entanto, diferentemente dos consórcios, cuja estrutura é determinada por lei, as *joint ventures*, principalmente contratuais, podem assumir distintas formas, que muitas vezes tornam difícil sua identificação.

Algumas características, no entanto, podem ser destacadas dessa modalidade, possibilitando o reconhecimento dessas estruturas pela autoridade concorrencial, são elas: (i) a existência de um fim comum; (ii) o compartilhamento de risco entre os co-ventures; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes, que se dá tanto por alterações societárias ou contratual e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial (Frazão 2015).

O “fim comum” é o objetivo, expressa ou tacitamente, convencionado no contrato, que apresenta eficácia funcional entre as contratantes, isto é, constitui um critério que orienta a política da empresa em comum, que se traduz na concretização dos direitos e obrigações das partes. A determinação do “fim comum” é preponderante para o dever de lealdade entre os contratantes (Lima Pinheiro 2003, p. 138), uma vez que estabelece entre as partes uma solidariedade de interesses, em que as vantagens de um são as vantagens do outro (Silva Moraes 2006, p. 178-182).

Como desdobramento imediato do “fim comum”, o segundo elemento distintivo das *joint ventures* diz respeito à assunção comum do risco empresarial, tendo em vista que tal circunstância é inerente à própria ideia de empresa comum. A consecução de um escopo em comum requer, necessariamente, uma manifestação de vontade das partes em cooperar ativamente para um resultado específico, sempre numa situação de igualdade de participação

nestes resultados. Daí porque a disposição das contratantes em arcar com lucros e prejuízos decorrentes da atividade desenvolvida conjuntamente é uma consequência direta da existência de um escopo em comum entre elas.

O terceiro aspecto característico de uma *joint venture* é o elemento organizacional da relação, isto é, a existência de uma estrutura estável de organização de fatores produtivos, normalmente desenvolvida no plano jurídico através de uma universalidade de bens ou direitos. Sem tal dimensão, a durabilidade dos projetos estaria comprometida.

Esclarece Luis Domingos Silva Morais (2006, p. 175) que é justamente esse elemento jurídico que separa as *joint ventures* das múltiplas modalidades de acordos de cooperação, uma vez que consiste na individualização de uma organização jurídica, criada *ex novo*, com verdadeiras características empresariais, mesmo que o seu grau de autonomia em relação às empresas fundadoras possa ser relativamente variável.

Independentemente da forma que a *joint venture* assumir, uma coisa, no entanto, é certa: a *joint venture* sempre resulta na formação de um novo ente empresarial (Mariti e Smiley 1999, p. 282). Tal característica, inclusive, justificou a definição de *joint ventures* pela doutrina portuguesa como a realização de uma “empresa comum” (Silva Morais 2006).

Isso significa que até mesmo nos casos das *joint venture* contratuais não basta apenas uma mera governança obrigacional da relação interempresarial. A formação de uma *joint venture* requer necessariamente um contrato organizativo entre as partes, isto é, uma estrutura minimamente estável entre as contratantes (Silva Morais 2006, p. 176), que procura disciplinar a utilização dos bens a que se refere, bem como disciplinar o movimento paralelo de pessoas e recursos investidos para a realização de um resultado prático (Lima Pinheiro 2003, p. 132), a exemplo da criação de um centro de receitas e despesas relacionado à atividade desenvolvida em conjunto (Lima Pinheiro 2003, p. 60-83). Deste modo, a *joint venture* requer uma “cooperação organizada” que se diferencia de uma mera “cooperação obrigacional” (Lima Pinheiro 2003, p. 83-162).

A criação de uma *joint venture*, ainda que contratual, requer portanto a instituição de elementos integrativos de empresa que compatíveis com a necessidade de execução, acompanhamento e prestação de contas inerentes ao exercício de uma empresa comum (Silva Morais 2006, p. 297). A integração empresarial é, portanto, um aspecto inerente às *joint ventures*, uma vez que a solidariedade de interesses e a simetria de participação no resultado da atividade são características também presentes nessa modalidade de relação (Silva Morais 2006, p. 178).

Por fim, o último aspecto característico das *joint ventures* diz respeito à criação de um novo centro de gestão da empresa em comum, o qual pode se dar tanto pelo controle comum ou compartilhado ou ainda quando apenas uma das contratantes assume a direção da atividade empresarial desenvolvida em conjunto. Quanto a este último aspecto, Buckley e Casson (1999, p. 411) demonstram que, ao analisar casos reais de *joint ventures*, é possível observar que em muitos deles apenas uma das contratantes assume a direção da empresa comum, enquanto o outro assume um papel passivo (*sleeping role*).

Isso significa que, por meio do contrato de *joint venture*, os participantes mantêm sua independência econômica e financeira, porém, estabelecem uma estrutura organizativa própria que possibilite o compartilhamento dos riscos da atividade desenvolvida em conjunto. Conseqüentemente, em razão da estrutura organizativa criada, podem decorrer novas formas de controle das atividades das partes contratantes, resultando alterações nas estruturas do mercado onde atuam. Isto é, as *joint ventures*, ainda que se deem sob a forma de cooperação empresarial, devem ser consideradas alternativas às operações de compenetração societária, como a fusão e a incorporação, uma vez que, na medida em que sempre resultam na criação de um novo centro de decisões – seja ele compartilhado entre as partes ou exercido por uma delas sobre a outra –, anulam as relações de concorrência entre os contratantes no que diz respeito à atividade conjunta, interferindo, assim, na estrutura do mercado onde atuam.

Como visto no capítulo anterior, o atual substrato econômico deflagrou um processo de desagregação da empresa hierarquizada e a conseqüente importância de soluções contratuais intermediárias entre esta e o mercado, conhecidas como “terceira via”. Neste cenário, a *joint venture* assume especial relevância, principalmente na modalidade contratual, uma vez que a criação de uma nova pessoa jurídica tem alcance limitado diante das novas circunstâncias econômicas.

Todavia, é certo que, em razão da multiplicidade dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, nem sempre será fácil fazer a distinção entre a universalidade de contratos que se encontram na terceira via daqueles que realmente são relevantes para o direito concorrencial das estruturas, ou seja, daqueles que ensejam formas de concentração por cooperação, tais como os contratos de *joint venture*.

Muitos contratos, além de adotarem nomes e estruturas atípicas, combinam, de forma relativamente equilibrada, elementos associativos e de troca, de forma que ficariam em uma espécie de zona fronteira (Frazão 2015) entre os contratos de *joint venture* e os demais contratos que não são objeto de incidência do controle preventivo, mas que, no entanto, são

capazes de alterar as estruturas do mercado onde se inserem. É justamente nestes casos onde se encontram os maiores desafios do direito concorrencial brasileiro com relação aos contratos associativos, que ainda carecem de delimitação material mais consistente, principalmente no que diz respeito a sua sujeição ao controle preventivo estabelecido pela Lei n. 12.529/2011.

3.2. Uma tentativa de delimitação do núcleo próprio dos contratos associativos

3.2.1. Relações contratuais e as formas de organização da atividade empresarial

Como vem sendo ressaltado ao longo do trabalho, a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária de capital, mas adota antes a forma de contratos estáveis, fenômeno este conhecido como um processo de contratualização da atividade empresarial. O mercado identifica-se, assim, como um emaranhado de contratos mercantis tecidos pelos agentes econômicos (Forgioni 2011, p. 25). Neste cenário, é preciso introduzir os contratos associativos à categoria dos contratos mercantis, procurando situar e justificar a sua existência nos quadrantes do direito privado, para então compreender as suas características e relevância para o direito da concorrência.

Segundo Paula Forgioni (2011, p. 183), a zona intermediária existente entre as formas “puras” de organização da atividade econômica é marcada por uma ampla variedade de contratos que envolvem um grau de colaboração maior do que aquele que normalmente existe nas relações de mercado, porém menor que os contratos de sociedade.

As formas extremas de organização da atividade econômica se traduzem, por um lado, nos “contratos comutativos”, “bilaterais (sinalagmáticos)”, “troca/permuta” ou “intercâmbio”, e, por outro, nos “contratos de sociedade”. Por sua vez, os contratos situados na zona intermediária recebem as seguintes denominações: “contratos híbridos”, termo empregado pela autora Paula Forgioni (2011, p. 183) ou “contratos relacionais”, segundo a definição do economista Williamson (1985;1999).

Os contratos bilaterais, comutativos, de troca ou intercâmbio representam o extremo onde predominam as relações de mercado. Todos eles exprimem juridicamente uma troca, em que cada uma das partes realiza prestações dirigidas no essencial à outra parte e tem natureza de contrapartida (Silva Morais 2006, p. 273), isto é, traduz-se na troca de uma prestação. Cumprida uma prestação torna-se exigível a contraprestação, e uma vez extintas – prestação e contraprestação – encerra-se o contrato em razão do seu cumprimento total.

Ademais, tais contratos estão condicionados a uma atuação egoística de cada uma das partes. São contratos que pressupõem interesses divergentes e contrapostos entre as contratantes, em que os interesses estão direcionados à maximização do seu próprio benefício, já que nestas relações o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra (Forgioni 2011, p. 155). São contratos que servem, portanto, à composição da contraposição de interesses existente entre as partes.

Já no extremo oposto, o contrato de sociedade empresária distingue-se fundamentalmente dos primeiros pela existência de interesses convergentes entre as contratantes, em prol de um objetivo comum. Os contratos característicos das relações de mercado pressupõem vontades antagônicas e divergentes entre as partes relacionadas, o que não ocorre numa sociedade. São também elementos fundamentais à efetivação de uma sociedade, além da existência de um fim comum, a necessária contribuição dos sócios em esforços e recursos e a relação de um poder hierárquico.

O escopo em comum é o elemento decisivo nos contratos de sociedade, o qual impõe às partes contratantes a aceitação da alea comum do negócio. Em termos objetivos, o fim comum traduz-se na partilha obrigatória dos lucros e perdas geradas pela atividade. Especialmente no que concerne a este último, Fabio Konder Comparato (1990, p. 153) entende que é justamente na participação dos sócios nos resultados deficitários do negócio em que reside a característica própria das sociedades empresárias.¹⁰⁶ Tanto é assim que o Código Civil Brasileiro, no que diz respeito aos contratos de sociedade, estabelece que “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas” (artigo 1008) resultantes do exercício da atividade.

Outro elemento característico dos contratos de sociedade é a existência de comando hierárquico, o que poderia ser comparado a uma relação existente entre mestre/servo ou empregado/empregador (Coase 1999, p. 53). Isto significa que os contratos de sociedade possibilitam a organização do poder de forma institucional (Comparato e Salomão Filho 2014, p. XIII), por meio de um centro de decisões do qual emanará a vontade da empresa.

No que diz respeito à zona intermediária, as associações empresariais se dão por meio de “contratos híbridos”, contratos de entremeio situados entre a empresa e o mercado, em que

¹⁰⁶ Paula Forgioni cita, por exemplo, os contratos de distribuição em que pode haver uma interdependência do sucesso empresarial entre fornecedor e distribuidor, mas isso não significa que haverá uma assunção do eventual prejuízo entre eles. Daí porque o contrato de distribuição não seria propriamente um contrato de sociedade (Forgini 2008, p. 100).

“o grau de autonomia das partes é mais acentuado do que nos modelos hierárquicos, porém inferior ao da solução de mercado” (Forgioni 2011, p. 183).

Quanto a essa modalidade, explica a autora a dificuldade enfrentada em lidar com essas novas formas de organização da atividade econômica:

“O entendimento desses dois polos [referindo-se às sociedades comerciais e aos contratos de intercâmbio] é também importante para que se tenha a real dimensão dos problemas dos contratos "de entremeio" e que derivam, principalmente, da ausência de respostas jurídicas a vários impasses que surgem durante a sua execução. Se, no que toca ao intercâmbio e às sociedades, essas soluções foram sendo construídas com o passar do tempo e hoje são conhecidas dos juristas, o mesmo não ocorreu com os "híbridos" - até porque a disseminação de seu uso é fenômeno recente”. (Forgioni 2011, p.154)

São, portanto, contratos específicos de longa duração em que as partes, mais do que estabelecer as obrigações recíprocas, precisam estruturar, minimamente, um sistema de governança que possibilite, manter a continuidade e adaptabilidade em face das modificações futuras do mercado (Williamson 1999). Tais contratos não resultam necessariamente na integração entre os contratantes, pois, apesar de haver certa interdependência entre as partes, elas mantêm autonomia com relação ao patrimônio, às atividades, aos lucros e aos prejuízos de cada uma (Forgioni 2011, p. 173).

Alguns tipos contratuais que assumem forma híbrida são: contratos de mera colaboração¹⁰⁷, contratos de execução continuada ou contratos comutativos de longa duração, tais como contratos de distribuição, contratos de fornecimento, contratos de licenciamento, contratos de franquia. Nesses contratos, é possível identificar algum elemento cooperativo entre as partes, que não chega, entretanto, a traduzir-se em uma identidade de propósitos entre os contratantes (Frazão 2014, p. 12) (Forgioni 2008, p. 77).

Os contratos híbridos ou relacionais são, portanto, contratos de cooperação empresarial, porque, longe de constituírem transações pontuais de bens e serviços, criam laços estáveis ou duradouros entre os contratantes. Estes contratos dependem de uma cooperação direcionada para o futuro, não apenas para garantir o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo das atividades substantivas da relação (Forgini 2008, p. 73). Deste modo, sempre haverá uma dificuldade por parte da autoridade de apurar categorias de

¹⁰⁷ São contratos em que as partes vinculam-se a uma certa coordenação das suas atividades, mas não se obrigam a colaborar na prossecução de um resultado econômico unitário (Lima Pinheiro 2003, p. 209).

contratação em que, ora o elemento comutativo, ora o aspecto cooperativo, sejam mais prevaletentes.

A exemplificar, os contratos puros de fornecimento apresentam, a priori, um caráter comutativo mais evidente. As joint ventures, contrariamente, são contratos relacionais em que o aspecto cooperativo é mais predominante. Como visto anteriormente, são formas de cooperação qualificadas, na medida em que dispõem de organização própria e instituída para alcançar um fim comum entre as partes contratantes, como a criação de uma estrutura organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade em comum.

A figura abaixo procura demonstrar a localização dos contratos relacionais ou híbridos entre as formas extremas de organização da atividade empresarial:

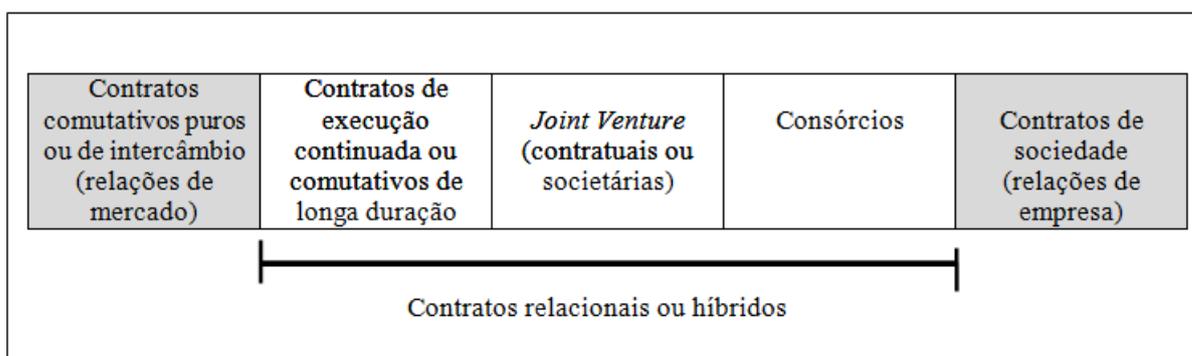


Fig.2. – Contratos relacionais ou híbridos

Neste contexto, diante da multiplicidade de contratos relacionais e híbridos normalmente pactuados entre os agentes econômicos, é preciso encontrar critérios para distinguir entre eles o que seriam os contratos associativos para fins de aplicação do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011.

3.2.2. Contratos associativos para fins de aplicação da Lei n.12.529/11

A expressão “contrato associativo” não encontra manifestação consistente no direito brasileiro, mas no direito e na doutrina italiana é um termo bastante comum. Segundo o entendimento difundido na Itália, “contratos associativos” é espécie do gênero dos contratos plurilaterais, em razão do aspecto funcional e causal da comunhão de escopo (Sabetta 2009,

p.14)¹⁰⁸. A comunhão de propósitos é a própria razão de ser do contrato e pode ser perceptível em todos os seus elementos: na origem, no desenvolvimento e nos resultados da relação, mantendo sempre a paridade ente os participantes no concurso pela participação nos resultados. A identidade de escopo é, desta forma, uma exigência funcionalística do contrato que chega a se confundir com a sua própria causa.

No direito brasileiro, o conceito de contratos plurilaterais teve sua maior expressão para designar o caráter contratual do ato constitutivo da sociedade empresária, em que a comunhão de fim é essencial para a consecução do escopo contratual. Nos contratos plurilaterais, o escopo constitui o interesse comum e unificador das várias partes contratantes e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres de cada uma delas.

Dáí o entendimento de estudiosos italianos de que o significado do contrato associativo é a generalização do tipo de contrato de sociedade (Sabetta 2009, p. 14).¹⁰⁹ Contrato associativo é, portanto, contrato de comunhão de fim, que tem, primordialmente, por intuito, disciplinar a utilização dos bens a que se refere, coordenando as diversas partes contratantes em torno desse fim (Frazão 2015). Tal como nos contratos plurilaterais, o escopo contratual dos contratos associativos é juridicamente relevante e determinante para às atividades posteriores a que se destina. Com efeito, diversamente do que ocorre nos contratos comutativos/bilaterais, em que o fim prende-se a execução da própria contraprestação, nos contratos associativos há uma preocupação de coordenação dos contratantes para possíveis fatos ou atos posteriores relacionados ao alcance do objetivo contratual (Frazão 2015).

Importante destacar que a mera referência à cooperação ou colaboração não é suficiente para definir os contratos associativos¹¹⁰, uma vez que, até mesmo por influência da cláusula geral da boa-fé objetiva contratual¹¹¹, pode-se considerar que a cooperação é um aspecto comum a todos os contratos. O aspecto distintivo dos contratos associativos não reside,

¹⁰⁸ Quanto ao aspecto diferencial, esclarece Sabetta que: “*Se la necessaria e inderogabile pluralità delle parti contrassegna, sotto l’aspetto strutturale, il contratto plurilaterale, è facile avvertire che, con la nozione di contratto associativo, non è affatto incompatibile la dualità delle parti; anzi in certe sue desuete applicazioni (contratti agrari) il contratto associativo poteva avere soltanto due parti. A parte ciò, esso può indifferentemente avere due parti o più di due, laddove il contratto plurilaterale non può avere meno di tre parti senza contraddire l’art. 1420. Dove invece contratto plurilaterale e associativo collimano in toto è nel dato funzionale, o causale, della comunione dello scopo*” (Sabetta 2009, p. 14).

¹⁰⁹ Nesta linha também é o entendimento de doutrinadores portugueses como Luis Lima Pinheiro (2003, p. 129).

¹¹⁰ Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão no AC Monsanto julgado em 2013, p. 15.

¹¹¹ A cláusula geral de boa-fé traz aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio. Nesse tom, a colaboração está presente de forma inequívoca. Sob esse prisma, o enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002, prevê que o desrespeito desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses direitos anexos.

portanto, na existência ou não de cooperação, mas sim no grau e na forma como ela é exercida entre as partes relacionadas (Frazão 2015).

As formas de cooperação abarcam uma multiplicidade de contratos relacionais e híbridos normalmente pactuados entre os agentes econômicos, que variam desde a constituição de *joint ventures* societárias até contratos comutativos de longa duração. Deve haver, portanto, um critério que permita separar os casos de mera cooperação dos casos que envolvem efetivamente a realização de um contrato associativo. O critério que se observa para o caso é a existência de um escopo em comum entre as partes. Isso explica porque os contratos de longa duração não são, por esta única característica, contratos associativos, já que podem não traduzir a existência de um objetivo em comum entre as partes relacionadas.

É justamente neste aspecto onde reside a principal dificuldade da autoridade antitruste. Isso porque a expressão “contratos associativos” encerra uma irremediável ambiguidade: ela evoca associação, mas tende a abranger relações contratuais de cooperação sem organização formal, isto é, contratos de eficácia meramente obrigatória (Pinheiro 2003, p. 162), sem qualquer elemento organizacional próprio entre as empresas, o que dificulta a identificação de critérios que possam apontar a existência de escopo comum entre as partes relacionadas¹¹².

As cooperações meramente obrigacionais abarcam justamente aquelas situações jurídicas-econômicas em que há uma conjugação de atividades estabelecida entre as partes, mas que não chega a materializar um suporte organizacional próprio¹¹³. Deste modo, neste tipo de relação, a atividade das partes se dará por meio de prestações individualizadas de cada uma, sem a mediação de um suporte institucionalizado para tanto.

Contratos associativos apresentam, nesta linha, características semelhantes, se não iguais, das *joint ventures* contratuais nos termos propostos por Luís de Lima Pinheiro (2003), para quem a *joint venture* caracteriza-se como um contrato de empreendimento comum e, como tal, corresponde a uma denominação jurídica precisa de atividades econômicas prosseguidas em comum e que não pressupõe necessariamente a constituição de uma organização comum,

¹¹² O conceito de contrato associativo se aproxima com o amplo conceito de *joint ventures* contratuais desenvolvido por Friedmann-Béguin (apud Lima Pinheiro 2003, p. 80), segundo o qual *contractual joint venture* seria qualquer empreendimento em que havendo a assunção comum do risco econômico, não se forma uma empresa comum com personalidade jurídica distinta. Com efeito, seria *joint venture* contratual quer se trate de uma mera relação obrigacional ou disponha de uma organização sem personalidade jurídica.

¹¹³ Veja que isso não passou despercebido pelo legislador brasileiro. Isso porque, nas disposições do art. 90, ao fazer uma distinção entre (i) contratos associativos, (ii) *Joint ventures* (societárias ou contratuais) e (iii) consórcios, parece que o legislador reservar aos contratos associativos todas aquelas hipóteses remanescentes que não se encaixam propriamente no conceito apresentado de *joint venture* e consórcio. Deste modo, uma das distinções entre elas seria o elemento organizacional, que nos contratos associativos pode ser mais flexível ou até mesmo inexistente entre as partes relacionadas

podendo, pelo contrário, assentar em meras relações obrigacionais. Assim, tal como nos contratos de *joint venture*, os contratos associativos correspondem a um conjunto encadeado de relações obrigacionais entre as empresas participantes, conformando um processo permanente de cooperação, dirigido à realização de uma atividade empresarial conjunta, o qual poderá ou não assumir a forma de uma plataforma organizacional devidamente institucionalizada (Lima Pinheiro 2003, p. 197).

Como bem explica Luis Domingos Silva Morais (2006, p. 173), as alternativas a configuração dos contratos associativos, que se da em base de compromissos contratuais, são muito variadas. Observa ele que a cooperação obrigacional pode abarcar desde práticas concertadas que não atendem aos requisitos de validade do negócio jurídico até acordos desprovidos no todo ou em parte de vinculatividade jurídica, a partir de conteúdos de natureza genérica dos quais decorram mera influência de comportamento, sem verdadeiro caráter cogente¹¹⁴.

É por tal razão que esta modalidade jurídica em muito se confunde com os contratos comutativos de longa duração, já que aparentam envolver um conjunto de situações esporádicas de convergência dos interesses empresariais próprios de cada participante (Silva Morais 2006, p. 306). Necessário, portanto, fazer uma distinção das relações de cooperação obrigacional mais difusas e assentes em meros contratos comutativos daquelas relações mais estáveis, de tipo associativo, conquanto sem uma verdadeira componente organizacional (Silva Morais 2006, p. 307). Com efeito, contratos aparentemente comutativos perdem essa natureza por estabelecer uma forma de cooperação qualificada pela existência de um escopo em comum entre as partes relacionadas, dando, assim, ensejo aos contratos associativos. A identificação do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial, mas poderia se dar a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do acordo, a exemplo, de como será visto adiante, de cláusulas que permitem a influência de uma empresa sobre aspectos relevantes da outra, principalmente no que diz respeito ao tratamento de terceiros, ou ainda, cláusulas que estabelecem compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as contratantes.

A figura 3 abaixo procura situar os contratos associativos em relação aos contratos relacionais estudados no item anterior, e sua conseqüente localização entre as formas extremas de organização da atividade empresarial:

¹¹⁴ Esse aspecto foi identificado no caso Monsanto recentemente julgado pelo CADE, como ser verá no último capítulo dessa dissertação.

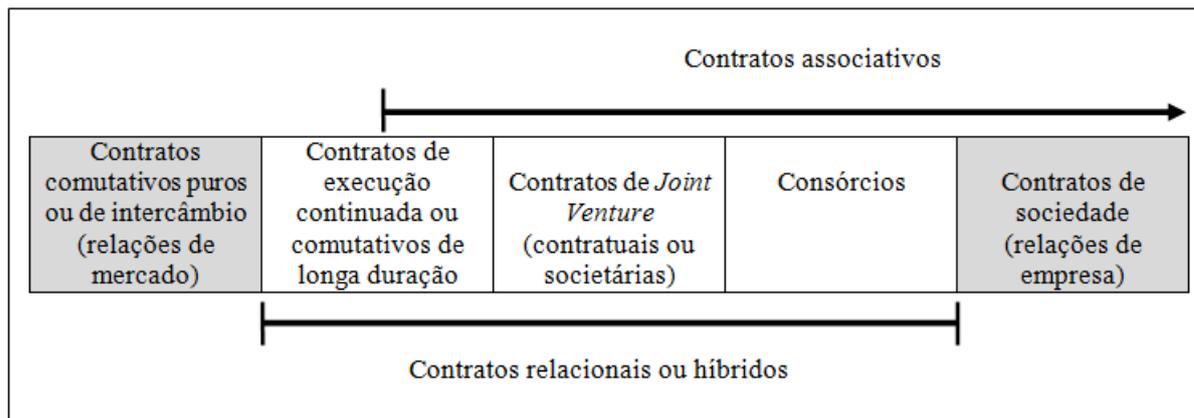


Fig.3. – Contratos associativos

Nota-se, pela figura, que contratos associativos podem envolver relações contratuais que não se amoldam perfeitamente nos conceitos de *joint venture* e consórcio. Esse entendimento se justifica uma vez que os contratos empresariais cada vez mais se mostram longos, confusos e complexos, muitas vezes ocultando a existência de uma estrutura organizativa mais definida justamente para se furar a incidência dos dispositivos legais, ou ainda, quando apresentam nomes e títulos que não refletem adequadamente seu verdadeiro conteúdo, exigindo do intérprete um esforço adicional para identificar a real natureza do contrato.

Contrato associativo é, neste sentido, qualquer relação contratual que apresente: (i) uma cooperação estável e (ii) um escopo comum entre as partes relacionadas. Nestes contratos, na medida em que as partes se associam para lograr um fim comum, é possível verificar que as suas necessidades são as mesmas ou muito próximas, havendo entre as contratantes uma solidariedade de interesses em que as vantagens de uma são as vantagens da outra. Por tal razão, entende-se que o fim comum estabelece uma forma de integração empresarial, resultando, assim, em uma unidade empresarial no que se refere ao objetivo em comum.

Considerando o conceito proposto, os contratos associativos são, portanto, objeto de controle concorrencial de estruturas na medida em que resultam formas de concentração por cooperação, já que resultam na formação de uma nova unidade empresarial, em razão da perda da autonomia econômica preexistente entre as partes relacionadas em função do objetivo fixado entre elas.

Ocorre que a identificação do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial e é justamente nesta dificuldade onde a autoridade antitruste encontra seus maiores desafios na execução do controle preventivo. Explica Luís Domingos Silva Morais (2006, p. 328) que, para

efeitos de incidência do direito da concorrência, é necessário identificar uma área na qual, a partir de certo limiar qualitativo, ocorra uma interpenetração de elementos de integração e cooperação empresarial que possa levar a formação de uma nova unidade econômica, dando assim, ensejo a formas de concentração por cooperação.

Como se verá no próximo capítulo, um ponto de partida para esta análise seria compreender os contratos associativos a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do contrato, procurando estabelecer, nestes casos, uma combinação de critérios jurídicos de apreciação de formas de coordenação de comportamentos empresariais, que podem levar à efeito de concentração de mercado (Silva Morais 2006, p. 42), a partir dos quais seja possível presumir que as partes estejam atuando como uma unidade empresarial distinta daquela preexistente a operação.

4. As regras definidas pelo CADE para notificação de contratos associativos

É evidente que as dificuldades na definição e identificação de contratos associativos exigem a incorporação de uma série de considerações dinâmicas, que podem tornar a interpretação dos dispositivos da legislação concorrencial uma tarefa de complexidade intimidadora (Kaplow e Shapiro 2007, 113), em razão dos entraves que normalmente se encontram na identificação dessas situações de forma *a priori*. Diante dessas dificuldades, as impressões resultantes da experiência na apreciação de certas transações comerciais têm influenciado diretamente as autoridades no processo de formação de parâmetros jurídico-econômicos de análise.

Ocorre que esta metodologia já não encontra o mesmo apoio legal com o advento da Lei 12.529/2011, que, contrariamente a antiga Lei 8884/94, afastou o potencial anticompetitivo das operações como critério único de definição de ato de concentração.

Isso não significa, contudo, que este potencial seja completamente indiferente para o novo regime. Na verdade, o que muda é o papel que tais considerações assumem atualmente como fundamento lógico dos critérios objetivos a serem ditados pelo CADE na identificação dos casos previstos no artigo 90, sendo utilizados como parâmetros a partir dos quais seja possível presumir a existência de uma concentração empresarial¹¹⁵.

¹¹⁵ Voto-Vogal proferido pelo Presidente do CADE, Vinícius de Carvalho, no julgamento dos Atos de Concentração Monsanto em 2013.

Não obstante, ao analisar a Resolução nº 10/2014, recentemente editada pelo CADE, o risco concorrencial, que deveria ser critério secundário na metodologia empregada pelo CADE, ainda se apresenta como elemento principal e determinante para identificar operações sujeitas ao controle de estruturas. Ademais, tal como disposta, impossibilita a formatação de padrões objetivos e estáveis de investigação e aplicação da legislação de defesa da concorrência, principalmente no que concerne à preservação do conteúdo próprio daquilo que se entende por “contratos associativos” e “ato de concentração”, afastando-se, assim, dos critérios já estabelecidos pela Lei 12.529/2011.

4.1. Resolução CADE nº 10 de 04 de novembro de 2014

Em março de 2014, o CADE submeteu à consulta pública proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei n. 12.529/2011.

Das vinte e três contribuições recebidas na Consulta Pública nº 03/2014, todas foram unânimes no sentido de que o conceito proposto para contratos associativos se apresentava muito abrangente e inadequado aos propósitos da Lei. As contribuições pugnavam pela necessidade de outros critérios qualitativos sob pena de gerar a notificação compulsória de contratos ordinariamente realizados na condução dos negócios, insegurança jurídica com relação aos critérios de notificação, engessamento desnecessário da atividade econômica e a ineficiência do serviço público em razão da sobrecarga de processos notificados.

Encerrado o procedimento de consulta pública, a versão final da resolução foi publicada em 04 de novembro de 2014. Segundo os termos da Resolução, os seguintes critérios deverão ser observados cumulativamente para a configuração dos contratos associativos:

Art. 1º Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 2011. Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no artigo 88 da Lei nº 12.529, de 2011, e para fins do disposto nesta lei, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência. § 1º Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência: I - nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%); ou II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições: a) o contrato

estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; b) do contrato decorra relação de exclusividade. § 2º Para fins dos incisos I e II deste artigo, consideram-se partes contratantes as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012. § 3º Os contratos com duração inferior a dois anos devem ser notificados nos termos desta Resolução quando, mediante sua renovação, o período de 2 (dois) anos for atingido ou ultrapassado.

A Resolução procurou, por um lado, solucionar as dúvidas jurídicas com relação aos termos da Lei, mas, por outro, acabou criando outras tantas. Isso porque, ao procurar trazer uma nova distinção conceptual no propósito de delimitar as regras materiais aplicáveis aos contratos associativos, contraditoriamente, gerou maior indefinição e imprevisibilidade jurídica.

4.1.1. Da necessidade de exclusão do critério de *market share*

O principal aspecto a ser criticado na Resolução é a utilização do *market share* como elemento, que associado ao tempo de 2 anos, foi utilizado para definir contratos associativos.

Neste ponto observa-se, primeiramente, uma tentativa por parte da autoridade concorrencial de transposição imprópria de critérios de isenção estabelecidos no direito comparado para a realidade brasileira. Vê-se que os critérios que dizem respeito à delimitação de mercado relevante e *market share*, especialmente no que diz respeito às práticas verticais, muito se assemelham às disposições do Regulamento nº 330/2010 da Comissão Europeia¹¹⁶.

O Regulamento estabelece isenções por categoria, a partir da presunção de que certos pactos celebrados entre empresas não são capazes de alterar as relações concorrenciais do mercado, mas que, pelo contrário, trazem eficiências econômicas. Como regra geral, estão isentos de controle prévio pela autoridade antitruste, os acordos verticais desprovidos de restrições graves à concorrência celebrados entre empresas que não detenham 30% de *market share* em seus respectivos mercados relevantes. Já com respeito às relações horizontais, presumir-se-ia a existência de um contrato associativo (escopo em comum) entre as partes quando algumas delas, ou em conjunto, pudessem alcançar participação de 20% do mercado relevante afetado pelo objeto do contrato.

¹¹⁶ Regulamento nº 330/2010 da Comissão Europeia: Artigo 3º Limiar da quota de mercado 1. A isenção prevista no artigo 2º é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais.

A reintrodução dos critérios de participação de mercado nas análises a serem empreendidas pelo CADE deve ser vista com muito ceticismo, mesmo que tais critérios decorram de uma “importação” de melhores práticas do direito comparado. Esse entendimento se justifica porque a transposição de critérios e requisitos do direito comparado deve guardar uma consonância estrita com a realidade econômica e, principalmente, jurídica do país¹¹⁷.

O critério de participação de mercado, como muito se sabe, é uma *proxy* a partir da qual busca-se investigar o poder de mercado detido pelas empresas e, conseqüentemente, os riscos potenciais à concorrência em razão da existência de posição dominante. É certo que a celebração de contratos entre concorrentes pode gerar preocupações concorrenciais, seja pelo eventual incentivo à colusão, seja por abrir a possibilidade de acesso a informações estratégicas de rivais. Ocorre que tal critério consequencialista já não pode ser utilizado como critério único de identificação das operações sujeitas ao controle de estruturas já que a Lei n. 12.529/2011, a contrario do antigo diploma, expressamente exclui o critério de *market share* como elemento de definição de ato de concentração.

Não se pretende defender aqui que o risco concorrencial não possa ser usado pelo CADE como ponto de partida para se traçar critérios objetivos de presunção de concentração econômica, tal como salientado pelo Conselheiro Vinicius de Carvalho em seu voto no AC Monsanto diante das dificuldades relacionadas a identificação dos contratos associativos. Nada mais, defende-se que tal metodologia deve estar restrita à manutenção da autonomia conceitual dos contratos associativos, e por conseguinte, de atos de concentração, e que devem apresentar maior objetividade possível, o que a simples averiguação de *market share* não apresenta.

A exemplo do que se nota no caso das relações horizontais, o critério proposto pela Resolução apresenta-se muito abrangente e acaba por afastar a própria autonomia conceitual de contratos associativos, uma vez que não traz elementos mínimos de definição da existência de um escopo em comum entre as partes. Isso significa que os critérios, ainda que cumulativos, de contrato por prazo de dois anos e *market share* de 20%, não são suficientes para alcançar a delimitação própria de contratos associativos, tão pouco de ato de concentração.

Como salienta Luis Lima Pinheiro (2003, p. 63) não basta a consideração da função econômica do negócio, somente mediante uma análise do conteúdo jurídico das relações em causa será possível delimitar claramente a cooperação interempresarial. Deste modo, é o

¹¹⁷ Neste sentido também foi o pronunciamento do Presidente do CADE, Vinicius de Carvalho, no julgamento dos Atos de Concentração Monsanto em 2013. Segundo o Presidente, “a definição de filtros adequados tem sido reconhecida como um dos maiores desafios para a estruturação de uma política de defesa da concorrência adequada à realidade de cada país”.

conteúdo contratual que poderá apontar a existência ou não de uma cooperação qualificada pelo fim em comum entre as contratantes, e não propriamente o risco concorrencial gerado por uma relação negocial entre empresas concorrentes de considerável participação no mercado.

Deste modo, nota-se um manifesto excesso por parte da autoridade antitruste brasileira ao reintroduzir o índice de participação de mercado como critério de notificação de atos de concentração, inclusive porque a Resolução dá margem à interpretação no sentido de que o critério de *market share* (estabelecido pela Resolução) e faturamento (estabelecido pela Lei) devam ser cumulativos, e não alternativos, para obrigar a notificação da operação.

A Resolução cria, portanto, um novo critério que é capaz até mesmo de afastar do controle preventivo aquelas hipóteses que seriam claramente de incidência da lei. O legislador, ainda que mal orientado, designadamente inovou, não fixando como critério de notificação a participação de mercado dos figurantes do ato de concentração. Logo, não pode o CADE substituí-lo fixando em resolução tal índice¹¹⁸ como um critério cumulativo de notificação, o qual, como visto, não traz em seu seio qualquer elemento que possa apontar a existência de um escopo em comum entre as partes.

Como visto no capítulo anterior, talvez uma das razões que tenha levado o legislador a utilizar a expressão “contratos associativos”, é o propósito de alcançar algumas operações que, muito embora não utilizem a nomenclatura *joint venture* – mas sim “parceria comercial”, “aliança estratégica”, etc. – apresentam em sua essência características próprias dessa forma de organização empresarial.

Um exemplo real desta hipótese se verifica no caso da Consulta nº 08700.006564/2014-85 apresentada ao CADE em 11.08.2014. A Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda. apresentou a referida consulta, requerendo que o CADE se manifestasse sobre a obrigatoriedade de notificação de um contrato de parceria firmado entre cooperativas agroindustriais para a operação conjunta de uma unidade industrial, no caso, uma unidade de processamento de industrializados de carne.

Consoante os termos da Consulta, a Castrolanda, em conjunto com a Batavo Cooperativa Agroindustrial (Batavo) e a Capal Cooperativa Agroindustrial (Capal) possuem interesse em investir e participar de Unidades Estratégicas de Negócios (UENs) industriais sob o modelo no qual cada cooperativa assume o papel de líder de determinado projeto, com a

¹¹⁸ No mesmo sentido foi a contribuição do escritório de advocacia Pedro Dutra à Consulta Pública nº 03 de 2014.

integração natural das demais, de modo que a intercooperação dilua os riscos do empreendimento entre os participantes.

Trata-se, claramente, da configuração de um ato de concentração pela formação de uma típica *joint venture*, que ao se utilizar de outros termos contratuais, leva o administrado a acreditar que referido contrato estaria sujeito aos requisitos da nova Resolução, e não da Lei, a qual requer tão somente o critério do faturamento para ensejar a notificação. A Resolução abre, portanto, uma grande lacuna na lei ao criar novos critérios de notificação de *joint ventures*, usurpando, dessa forma, a vontade do legislador, que definiu para estes casos, tão somente o critério do faturamento como requisito de notificação.

Ademais, ainda que não se entenda que tais critérios usurpam a competência legislativa, são critérios que igualmente estão longe de estabelecer segurança e objetividade aos requisitos de notificação dos contratos associativos.

Como muito se sabe, um dos maiores riscos que se verifica nas mutações de metodologia jurídico-econômica de análise do quadro do ordenamento da concorrência – tradicionalmente marcado por processos de análise econômica – corresponde a uma excessiva utilização de modelos econômicos, recebidos de forma abstrata e sem o necessário crivo de verificação empírica através de estudos de mercado, ou mesmo através de situações já analisadas *in concreto* pela autoridade. Na *práxis* brasileira, tal característica é ainda mais relevante, a uma, porque o corpo técnico do órgão antitruste é limitado e pouco ou nenhum estudo tem sido empreendido para estudar e tecer características estruturais sobre determinados mercados relevantes; a duas, porque a jurisprudência do CADE no que tange aos critérios de definição do mercado relevante não é sistematizada, de modo que tal definição é feita sempre a partir de critérios subjetivos de cada julgador.

Outra característica que torna a imprecisão dos critérios de mercado relevante e, principalmente, de *market share*, mais acentuada, é a inevitável limitação informacional existente nas investigações antitruste (Pitofsky, 1979, 12). Vários dos dados de mercado que compõem o substrato básico da análise antitruste muitas vezes não estão disponíveis ou são de difícil identificação. Além disso, muitas dessas informações relevantes para a aplicação do direito concorrencial estão geralmente em posse das próprias empresas, o que dificulta, além do acesso, também aferir a veracidade desses dados.

Sabe-se que significativa parte do processo de análise antitruste é feita a partir de ferramentas cuja aplicação ao caso concreto requer uma série de estimativas econômicas, cujos resultados são incertos ou podem variar sensivelmente conforme as premissas e métodos

utilizados. Esse exercício analítico aplicado aos casos concretos é geralmente cercado por alta dose de incerteza (Bergh 2002, p. 47). Com efeito, diante da inconsistência e imprecisão dos tradicionais métodos de aferição do mercado relevante, doutrinadores como Kaplow questionam a necessidade de realização desse exercício para a aplicação da lei antitruste (Kaplow, 2010).

Essa tentativa de ruptura metodológica em relação a certos processos de construção jurídica se justifica em razão da possibilidade das distorções que podem gerar, em especial no momento ao qual se destina a Resolução CADE nº 10 de 2014. Se a ferramenta de análise já apresenta controvérsias na análise de mérito, no momento da notificação ela está ainda mais longe de conferir transparência e coerência ao discurso de fundamentação da autoridade. Isso demonstra que a aferição do *market share* além de não ser uma ferramenta objetiva, não é propriamente um fator adequado para verificar as hipóteses de notificação, isso porque se trata de uma ferramenta utilizada para auferir o poder de mercado, que muitas vezes demanda um esforço de instrução por parte da autoridade, além de poder ser auferido por outras inúmeras formas que não propriamente essa.

Neste cenário, de acesso a evidências limitadas e imperfeitas, é justamente onde a autoridade antitruste encontra o seu maior desafio, que é construir regras que possam ser aplicadas objetivamente, sem se valer de informações ou ferramentas que apresentam tantas falhas, ou cuja obtenção se encontra, muitas vezes, sob poder das partes.

Isso demonstra que os critérios de *market share* e mercado relevante não são critérios adequados a serem adotados nesse momento da análise: de conhecimento ou não da operação, já que são ferramentas que usualmente requerem uma instrução complementar. Se o instrumental econômico é muito precário para fazer prognoses seguras e afastar por completo os riscos anticoncorrenciais de concentrações que já se encontram sob análise da autoridade, esse ceticismo deve ser ainda mais sensível se o instrumental é utilizado para definir os critérios de notificação.

4.1.2. Da necessidade de ampliação dos critérios estabelecidos na Resolução

O requisito tempo não foi inicialmente considerado na proposta submetida pelo CADE à Consulta Pública, tampouco foi objeto arguido nas contribuições apresentadas pelo público externo à consulta pública realizada. Não obstante, o critério foi posteriormente inserido na versão final da Resolução publicada em novembro de 2014.

Os contratos associativos, enquanto espécie dos contratos relacionais, procuram estabelecer uma continuidade da relação entre as partes, uma vez que a interrupção da relação rompe as condições de segurança e confiança inerentes a estas modalidades contratuais.

Nesta linha, o tempo é um elemento que necessariamente integra os contratos de execução continuada, uma vez que, em face desta característica, as obrigações das partes são renovadas sucessivamente sem que seja modificado o conteúdo das obrigações, porquanto a longa duração contratual é interessante para ambos.

Ademais, para a configuração de um ato de concentração, é necessário que ocorram alterações minimamente permanentes na estrutura do mercado, razão pela qual o prazo contratual é o primeiro elemento de distinção entre os meros contratos comutativos e os contratos associativos.

Nesta linha, foi acertado o entendimento do CADE no sentido de estabelecer o elemento temporal como o primeiro critério a ser verificado a fim de traçar uma linha distintiva entre os contratos comutativos, realizados no curso normal dos negócios empresariais, e aqueles que podem configurar contratos associativos, modalidade de cooperação mais estável e duradoura estabelecida entre empresas para a consecução de um fim comum.

Segundo os termos da resolução, contrato de longa duração é qualquer contrato que estabeleça prazo superior a dois anos, considerados, neste requisito, inclusive os contratos com duração inferior, mas que, mediante sua renovação, o período de dois anos for atingido ou ultrapassado.

Importante destacar que não há um prazo pré-estabelecido a partir do qual seja possível afirmar que há um contrato de longa duração. Não obstante, como dito na parte introdutória deste capítulo, a experiência da autoridade concorrencial pode apontar uma *proxy* razoável a este respeito para delimitar um parâmetro objetivo que vise capturar aquelas operações que de fato possuem relevância concorrencial. Daí as considerações acerca de possíveis restrições à concorrência servirem de fio condutor para o processo de definição de filtros para a configuração dos contratos associativos.

Nesta linha, o prazo de dois anos previsto na Resolução apresenta-se razoável para dispensar a notificação de contratos que apresentam baixo potencial ofensivo. Isso porque a experiência do Conselho tem demonstrado que, ainda que contratos inferiores a dois anos possam em tese ser considerados contratos de longa duração, tais contratos, raramente, terão o objetivo, a potencialidade ou mesmo a possibilidade de estabelecer uma estrutura econômica

distinta daquela pré-existente e, portanto, capaz de alterar as relações de concorrência do mercado.

É importante ressaltar, contudo, que os contratos de longa duração não configuram por si sós contratos associativos. Como dito no capítulo anterior, os contratos associativos se caracterizam pela existência de um fim comum entre as partes relacionadas, a partir do qual elas reúnem esforços no desenvolvimento de uma atividade que a ambos beneficia. Com efeito, é necessária a conjugação de outros fatores a partir dos quais seja possível ao menos induzir a existência de um escopo em comum existente entre as partes.

Neste particular, tal como acertadamente delimitado pelo voto do Presidente do CADE, Vinícius de Carvalho, no AC Monsanto, a caracterização dos contratos associativos ultrapassa a mera constatação de cooperação e passa por considerações mais detalhadas sobre a independência das partes contratantes a partir da análise de cláusulas contratuais que têm, presumivelmente, capacidade de resultar na formação de uma nova unidade econômica, seja pela possibilidade de ingerência nas decisões comercialmente relevantes de uma das contratantes, pela condução mútua ou pelo compartilhamento conjunto dos riscos do empreendimento.

A Resolução nº 10/2014 identificou nas seguintes cláusulas contratuais a possibilidade de existência de um escopo comum entre as partes: (i) cláusulas de exclusividade; ou (ii) cláusulas que estabeleçam o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes. Quanto à esta disposição, cabem algumas considerações.

Não há como negar que a existência de cláusulas contratuais que estabeleçam compartilhamento de lucros ou prejuízos constituem fortes indícios da existência de um fim comum entre as partes relacionadas. Isso porque, qualquer previsão de participação nos benefícios constitui um resultado funcional para a realização de uma atividade programada, configurando, assim, um meio com respeito a um fim. Isso significa que a participação no resultado assume importância enquanto constitui instrumento para o exercício da atividade relacionada ao fim comum. A tal respeito, a característica do fenômeno associativo consiste, assim, na expressão de uma ação com valor metaindividual, em que é subentendido um interesse pertencente a uma coletividade e cuja realização constitui o fim da ação conjunta.

Nesta linha, é de se esperar que da existência de um fim comum decorra necessariamente a participação de ambas as partes nos resultados obtidos. Não existindo propriamente uma repartição de lucros, verifica-se uma especificidade na obtenção de vantagens patrimoniais nos contratos associativos, que resultam da realização de sucessivos atos de troca entre concedente

e concessionário e entre este e terceiros (Lima Pinheiro 2003, p. 185). A mera possibilidade de participação conjunta nos benefícios da atividade de uma das contratantes com terceiros sugere, portanto, a existência de um escopo comum entre os contratantes.

Já com respeito a cláusula de exclusividade, é evidente que esta, por si só, não implica a existência de um ato de concentração, tampouco a existência de um objetivo comum perseguido pelas partes. Muitas vezes, a cláusula de exclusividade é utilizada como uma mera restrição vertical, sequer necessária à consecução do objeto contratual.

Não obstante, é possível presumir a partir dessa cláusula a possibilidade de formação de uma concentração empresarial a depender do tempo que persista entre as partes. Ou ainda, trata-se de um critério objetivo identificado pela autoridade a partir de sua experiência de que tais disposições podem levar a situações de controle externo, objetivamente apreensível pelas cláusulas contratuais.

Como afirma Forgioni, a cláusula de exclusividade potencializa a influência que uma parte contratante exerce sobre a outra (Forgioni 2008, p. 253). Igualmente, encontra-se associada a uma “prisão econômica”, em que os efeitos afrontam diretamente o individualismo de cada uma das contratantes.

A exclusividade igualmente altera a estrutura de concorrência do mercado, tornando-o mais concentrado uma vez que os “remanescentes” enfrentam uma concorrência menor com a saída daquele verticalmente integrado (Forgioni 2008, p. 257). Deste modo, a exclusividade tem efeito direto sobre a estrutura de mercado, principalmente porque resulta no aumento de poder unilateral da empresa que impõe a restrição, por meio do fechamento do mercado ou do aumento de barreiras à entrada no segmento *downstream*, atuando, portanto, sobre a independência econômica das partes.

Ainda que a cláusula de exclusividade seja um critério mais relacionado aos riscos concorrenciais de uma determinada relação interempresarial, é possível, todavia, presumir a existência de um escopo em comum entre as partes a partir de disposições contratuais nesse sentido. Isso porque, como explica Paula Forgioni (2008), a exclusividade implica ganhos (ou possibilidade de ganhos) para ambos, o fornecedor e o distribuidor, pois, se assim não fosse, não a teriam contratado.

Por tal razão, alguns autores consideram a cláusula de exclusividade uma modalidade de integração vertical (Hovenkamp 2014, p. 1) normalmente associada ao comportamento unilateral do agente, que, no entanto, provoca efeitos no mercado semelhantes ao ato de

concentração, principalmente no que diz respeito à agregação de poder econômico por parte da empresa que impõe a restrição.

São também exemplos de cláusulas cujos efeitos são equivalentes a cláusulas de exclusividade as cláusulas que i) contenham restrições referentes ao volume, estrutura de produção, ii) proíbam o uso de tecnologias competidoras, iii) estabeleçam opção de compra total ou parcial em favor do provedor de tecnologia, iv) obriguem ao comprador de tecnologia transferir ao supridor os aperfeiçoamentos ou melhoramentos que se obtenham como o uso da dita tecnologia, v) obriguem a pagar "royalties" a titulares de patentes por patentes não utilizadas (Barbosa 2005, p. 168).

Sendo assim, poderão ser considerados contratos associativos aqueles contratos que estabeleçam cláusulas que levam a efeitos semelhantes às concentrações econômicas, no que diz respeito à agregação de poder econômico por parte das contratantes, tais como: características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa, ou envolvam restrições ou incentivos que interfiram nas decisões comerciais de alguma das contratantes, principalmente escolhas relacionadas à contratação de produtos ou serviços concorrentes¹¹⁹.

Nesta linha, a autoridade antitruste deve ser sensível a cláusulas contratuais que, extrapolando o objeto usual de um contrato comutativo, possibilitam uma cooperação diferenciada entre as contratantes e, quando analisadas sob uma perspectiva macro, são capazes de criar uma verdadeira unidade empresarial com inúmeras repercussões no ambiente concorrencial.

As alternativas à configuração da cooperação na base de compromissos contratuais são muito variadas (Luis Domingos Silva Morais 2006, p. 173). A cooperação obrigacional pode abarcar desde práticas concertadas que não atendem aos requisitos de validade do negócio jurídico até acordos desprovidos no todo ou em parte de vinculatividade jurídica, a partir de conteúdos de natureza genérica dos quais decorram mera influência de comportamento, sem verdadeiro caráter cogente, mas que, no entanto, são capazes de provocar verdadeira integração econômica, uma vez que possibilitam a agregação de poder empresarial de direção da atividade de uma empresa sobre a outra, ou conjuntamente por todas as empresas relacionadas.

Existe um vasto campo de problematização jurídica dos acordos desprovidos de vinculatividade, mas sabe-se que mesmo conteúdos de natureza genérica dos quais decorram

¹¹⁹ Neste mesmo sentido foi o voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual no AC Monsanto julgado em 2013.

mera influência de comportamento podem dar corpo a diferentes tipos de cooperação entre empresas (Silva Morais 2006, p. 174).

De qualquer modo, sobre o manto da teoria dos “efeitos práticos-jurídicos” é possível presumir vinculatividade a partir da “vontade funcional” das empresas relacionadas, no sentido de buscar extrair a extensão e o modo como se devam concretizar os específicos efeitos jurídicos que melhor traduzam o fim prático perseguido pelas partes (Lima Pinheiro 2003, p. 125), na medida em que uma certa intensidade da vontade dirigida a efeitos práticos tenderá mais facilmente a atrair consequências jurídicas.

Neste aspecto, importante destaque se dá ao julgamento dos Atos de Concentração da Monsanto julgados pelos CADE em 2013, em que a questão do conhecimento de contratos de longa duração foi extensamente debatida previamente à edição da Resolução nº 10/2014 pelo órgão.

Analisando os contratos apresentados, o Conselheiro Eduardo Pontual identificou disposições que previam o pagamento de um prêmio adicional proporcional ao percentual da capacidade de produção da licenciada destinado a produção de sementes com tecnologia Monsanto. Deste modo, a cláusula contratual criava um incentivo para que as licenciadas desenvolvessem e comercializassem mais sementes com a tecnologia da Monsanto do que tecnologias concorrentes.

As disposições contratuais não eram propriamente obrigatórias, pois a licenciada poderia decidir comercializar seu cultivar livremente com outras empresas. Não obstante, a licenciada teria menor interesse em investir em pesquisa e desenvolvimento de produto concorrente da Monsanto, porque no momento da produção e comercialização do seu produto, em caso de sucesso na pesquisa, ela perderia parte da receita investida. Sendo assim, os contratos firmados com algumas das licenciadas continham um sistema de incentivos que possibilitavam certa influência da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença.

Nesta linha, o Conselheiro entendeu que os contratos continham cláusulas que apontavam os esforços para um bem comum entre licenciante e licenciada, por meio do financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta (com a venda do cultivar) e com uma influência concorrencial clara nos negócios outros da licenciada que não com a Monsanto.

Com razão o Conselho resolveu que os contratos de fornecimento de longa duração deveriam ser notificados quando (i) estabelecessem algum tipo de exclusividade ou pudesse ter

efeitos similares na capacidade produtiva do adquirente; (ii) incluíssem cláusulas restritivas ou desincentivos para adquirir licenças concorrentes; (iii) introduzissem restrições no desenvolvimento de produtos concorrentes; ou (iv) resultassem qualquer tipo de influência nas decisões comerciais da adquirente.

Tem-se consciência de que é impossível estabelecer critérios objetivos que esgotem todas as possibilidades de identificação da existência de um escopo em comum entre as partes. É preciso acumular experiência na análise de casos limítrofes de modo que os problemas enfrentados na realidade sejam devidamente abarcados pelo novo regime. Assim, acredita-se que o critérios estabelecidos pela Resolução deveriam ser ampliados para abarcar as considerações expostas no julgamento do AC Monsanto, de modo a tornar a Resolução mais clara e exemplificativa de situações que possam levar a presunção de que as partes contratantes estariam atuando como unidade econômica com respeito ao objeto contratado. O CADE tem bastante experiência neste ponto, e deixou a desejar na edição da Resolução nº 10/2014.

Por fim, tem-se em consideração que, longe de oferecer parâmetros fixos para a análise ou de ser instrumento hábil a propiciar prognoses revestidas de caráter absoluto, a Resolução tem por finalidade conferir à análise concorrencial transparência e critérios mínimos de objetividade. O papel dos filtros não é outro senão o de captar, de forma indireta e mais objetiva possível, as transações comerciais que se enquadram nos contratos associativos e, conseqüentemente, afetam de forma significativa a independência entre as partes, caracterizando assim uma alteração estrutural pertinente à definição de atos de concentração nos termos da Lei n. 12.529/2011.

5. Conclusão

O presente artigo, ao tratar da importância e das principais características e funções jurídicas e econômicas dos contratos associativos, procurou demonstrar que a reflexão jurídica em torno desse fenômeno empresarial precisa ser ampliada.

A fragmentação da empresa realçou a importância de inúmeros contratos que ensejam novas formas de cooperação e organização empresarial, uma "terceira via" entre a empresa e o mercado. Esses novos arranjos contratuais lançam desafios para sua regulação jurídica, a exemplo da regulação concorrencial e seu enquadramento para fins de sujeição ao controle estrutural pelo CADE.

A complexidade do fenômeno que se busca identificar é impressionante: contratos associativos podem se apresentar nas mais variadas e nos mais diferentes contextos de mercado, muitas vezes indistinguíveis de atos ordinários realizados por empresas no curso normal de seus negócios. É inegável a existência de limites para a incorporação da riqueza de especificidades dos contratos associativos.

Dada a imprecisão e incertezas normalmente enfrentadas na definição das relações contratuais que devem ou não ser submetidos ao controle, é natural que a preocupação com a minimização de erros desempenhe um papel central no desenvolvimento do direito concorrencial (Kaplow e Shapiro 2007, 131). Por outro lado, importante também destacar a necessidade de construção de critérios de análise passíveis de implementação prática por parte da autoridade competente, consideradas suas várias limitações (Lowe 2008, p. 1). A construção de regras administráveis, isto é, passíveis de implementação pela autoridade competente dentro dos limites da sua capacidade, é fundamental para o direito antitruste (Hovenkamp 2010, p. 19).

É preciso ter em mente que o aumento da complexidade da análise estrutural, ensejada pela modalidade dos contratos associativos, precisa ser adequadamente controlado por meio de metodologias e critérios que assegurem transparência e consistência na atuação das autoridades concorrenciais.

Ademais, há que se procurar a melhor formatação de um processo investigativo que seja racionalmente direcionado ao momento de tomada de decisão, de modo que permita a intervenção adequada da autoridade para preservar as condições de concorrência no mercado e, igualmente, garantir um ambiente normativo que assegure um mínimo de previsibilidade para a atuação dos agentes econômicos, o que, todavia, não foi alcançado com a edição da Resolução CADE n. 10/2014.

Isso significa que o controle de estruturas no que toca aos contratos associativos deve passar, mesmo após a edição da Resolução n. 10/2014, por um processo de redefinição, procurando ampliar as hipóteses contratuais que possam caracterizar uma alteração econômica pertinente ao controle de estruturas e, ademais, superar as limitações das análises de mercado relevante e *market share* considerando que, para o momento de tomada de decisão que ora se discute, da notificação das operações, elas não se apresentam como a melhor ferramenta.

6. Referências

BARBOSA, Denis Borges. 2005. A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano. International Centre for Trade and Sustainable Development. Suíça.

BAKER, Jonathan, e TIMOTHY Bresnahan. 2006. “Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power”. SSRN Scholarly Paper ID 931225. Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 328. Rochester, NY: Social Science Research Network.

BERGH, Roger Van Den. 2002. “The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 34–59. Edward Elgar Publishing.

BLOIS, K. J. 1999. "Vertical quasi-integration". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

BUCKLEY, Peter J.; CASSON, Mark. 1999. "Joint ventures." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

CASTELLS, Manuel. 2002. *A Sociedade em Rede*. Paz e Terra. São Paulo.

COASE, R.H. 1988. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press.

COASE, Ronald H. 1999. “The nature of the firm”. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

COMPARATO Fábio K. 1990. *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva.

COMPARATO, Fábio K; SALOMÃO FILHO, Calixto. 2014. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

CONTRACTOR, Farok e LORANGE, Peter. 2002. The growth of alliances in the knowledge-based economy. *International Business Review* 11 (2002) 485–502.

CHANG, Howard, David Evans, e Richard Schmalensee. 2003. “Has the Consumer Harm Standard Lost its Teeth?” SSRN Scholarly Paper ID 332021. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=332021>.

FORGIONI, Paula. 2011. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. 2008. Contratos de Distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FRAZÃO, Ana. 2015. Joint ventures contratuais [mimeo].

_____. 2015a. Direito concorrencial das estruturas [mimeo].

GERARD, Damien. 2012. “The Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?” SSRN Scholarly Paper ID 2117780. Rochester, NY: Social Science Research Network.

HART, Oliver. 1999. “An economist’s perspective on the theory of the firm”. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

HART, Oliver; TIROLE, Jean. 1990. “Vertical Integration and Market Foreclosure”. In: HART, Oliver; TIROLE, Jean; WILLIAMSON, Oliver E. Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics. Brookings Institution Press. Vol. 1990, (1990), pp. 205-286.

HOVENKAMP, Hebert. 2002. “The Reckoning of post-Chicago Antitrust”. In Post-Chicago Developments in Antitrust Law, 1–33. Edward Elgar Publishing.

_____. 2008. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Harvard University Press.

_____. 2010. “The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm”. SSRN Scholarly Paper ID 1014153. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-19. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=1014153>.

_____. 2014. “Robert Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency”. Antitrust Law Journal No. 3 Vol. 79.

IMAI, Ken-Ichi; ITAMI, Hiroyuki. 1999. "Interpenetration of organization and market: Japan's firm and market in comparison with the US. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

KAPLOW, Louis. 2010. "Why (Ever) Define Markets". Harvard Law Review 124: 437.

KAPLOW, Louis, e SHAPIRO, Carl. 2007. "Antitrust". SSRN Scholarly Paper ID 961264. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 575. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=961264>.

LOWE, Philip. 2008. "The design of competition policy institutions for the 21st century: The Experience of the European Commission and DG Competition". Competition policy newsletter (3): 1–11.

MARITI, P. e SMILEY, R.H. 1999. "Co-operative agreements". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MILES, Raymond E., SNOW, Charles C. 1999. "Organizations: new concepts for new forms." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MORAIS, Luis Domingos Silva. 2006. Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Luís de Lima. 2003. Contrato de empreendimento comum – joint venture – em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina.

PITOFISKY, Robert. 1979. "The Political Content of Antitrust". University of Pennsylvania Law Review 127 (4) (abril): 1051–1075.

RICHARDSON, G. B. 1999. "The Organization of Industry". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

SALOMÃO FILHO, Calixto. 2013. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros.

SABETTA, Gabrielle. 2009. Il contratto associativo. Facoltà di Scienze politiche. Corso di Laurea Specialistica in Scienze della politica (Classe 70/S). Tesi di laurea in Diritto privato (IUS/01)

WILLIANSO, Oliver E. 1985. The Economic Institutions Of Capitalism Firms, Markets ,Relational Contracting. China Social Sciences Publishing House Chengcheng Books Lill.. Free Press.

_____. 1999. "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro

Lucas Campio Pinha¹²⁰
Marcelo José Braga¹²¹
Glauco Avelino Sampaio Oliveira¹²²

RESUMO

Os programas de leniência são ferramentas recentes em que firmas ou indivíduos que participam de um cartel podem reportar a atividade criminal à autoridade antitruste. A partir do começo do século XXI começou a emergir uma literatura de Economia Aplicada referente à efetividade dos programas de leniência e de que forma estes alterariam os incentivos dos infratores. Desta forma, o presente artigo visa situar os programas de leniência no contexto da ciência econômica empírica, fornecer informações sobre as principais contribuições internacionais e analisar o Programa de Leniência brasileiro neste contexto. As conclusões principais do trabalho são: os programas de leniência são ferramentas efetivas de combate aos cartéis, desde que certos pré-requisitos sejam atendidos; o Programa de Leniência brasileiro apresenta alguns pontos positivos favoráveis, todavia alguns desafios ainda devem ser enfrentados.

Palavras-chave: programa de leniência; cartéis; economia aplicada.

ABSTRACT

Leniency programs are recent tools in which companies and individuals that became involved in a cartel can report the criminal activity to the authority. Since the beginning of XXI century an Economic literature about leniency program effectiveness and how it works emerged. This paper intends to explain the leniency programs in an Applied Economics framework, and also provides the main contribution of the literature and check the Brazilian case in this context. The main conclusions are the following: leniency programs are effective tools, but some requirements are necessary; the Brazilian leniency program has positive attributes, however some challenges must be faced.

Keywords: leniency program, cartels, applied economics.

Classificação JEL: K21, L41

¹²⁰ Doutorando em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa. Participante do 36º Programa de Intercâmbio do CADE. E-mail: lucascpinha@gmail.com.

¹²¹ Professor associado do Departamento de Economia Rural na Universidade Federal de Viçosa. Doutor em Economia Rural pela Universidade Federal de Viçosa, com Pós-Doutorado na University of California at Davis, UCD, Estados Unidos.

¹²² Coordenador do Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Mestre em Economia e Doutor em Economia Política e Políticas Públicas pela University of Southern California.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Programas de leniência e incentivos econômicos: um retrospecto; 2.1. A evolução do combate aos cartéis e a origem das políticas de leniência; 2.2. Os programas de leniência atuais; 3. A literatura internacional e as principais contribuições empíricas; 4. O Programa de Leniência brasileiro: pontos positivos e desafios; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. Introdução

Os programas de leniência são mecanismos em que firmas ou indivíduos que participam de um cartel podem reportar a atividade criminal à autoridade antitruste, assumindo a culpa pelo crime e auxiliando na acusação dos demais envolvidos. Ao cumprirem determinados pré-requisitos estabelecidos previamente pela legislação do país podem ser beneficiados com anistia de multas e/ou criminais. São ferramentas recentes de combate aos cartéis, visto que o primeiro país a adotar regras pré-definidas que compõem um programa de leniência amplo e bem estabelecido foi os Estados Unidos (EUA) em 1993.

Não obstante toda a discussão jurídica, os programas de leniência visam alterar os incentivos das firmas e das pessoas envolvidas (ou que eventualmente possam se envolver) em uma atividade criminal organizada, geralmente os cartéis. Desta forma, há uma interface direta com a ciência econômica, principalmente no que se refere ao comportamento dos agentes. A partir do começo do século XXI começou a emergir uma literatura de Economia Aplicada referente à efetividade dos programas de leniência e de que forma estes alterariam os incentivos dos infratores. Apesar de recentes, diversas contribuições em ramos distintos da literatura econômica fornecem um panorama interessante sobre o funcionamento destes programas, incluindo críticas e sugestões que poderiam melhorar a eficácia dos mesmos.

O presente artigo visa situar os programas de leniência no contexto da ciência econômica empírica, fornecer informações sobre as principais contribuições internacionais e analisar o Programa de Leniência brasileiro neste contexto. Ao mesmo tempo em que este é um tema de suma importância na literatura antitruste internacional, muito pouco foi feito no Brasil¹²³. Desta forma, pretende-se fornecer um panorama que propicie estudos aplicados ao

¹²³ Apesar da extensa literatura emergente no Brasil a respeito dos aspectos jurídicos, apenas dois artigos trataram do Programa de Leniência brasileiro pela ótica econômica, com um foco teórico baseado na teoria dos jogos. Estes artigos são Moreira e Penaloza (2004) e Vasconcelos e Ramos (2007).

caso brasileiro, visando uma maior discussão no país sobre as políticas de combate aos cartéis e os incentivos criados pelo Programa de Leniência brasileiro.

Para compreender a contribuição da ciência econômica aplicada na formulação e no entendimento dos programas de leniência é necessário um retrospecto acerca dos cartéis como crime organizado, da evolução das políticas de combate aos cartéis no mundo e da origem das políticas de leniência que resultaram nos programas tal como conhecidos nos dias de hoje. Em outras palavras, é necessário compreender os incentivos resultantes destas políticas. Assim, além da introdução, o presente artigo está organizado da seguinte forma: a segunda seção traz um breve retrospecto da origem das políticas de leniência, com foco nos incentivos gerados aos agentes; a terceira seção apresenta as principais contribuições internacionais da literatura econômica empírica sobre os programas de leniência; a quarta seção situa o Programa de Leniência brasileiro no contexto dos resultados obtidos pelos estudos internacionais; por fim, a quinta seção finaliza o trabalho com as conclusões.

2. Programas de leniência e incentivos econômicos: um retrospecto

2.1 A evolução do combate aos cartéis e a origem das políticas de leniência

O cartel é uma atividade criminosa¹²⁴. Segundo OECD - *Organization for Economic Co-operation and Development* (2002), os cartéis prejudicam os consumidores e tem um efeito perverso na eficiência econômica. Do ponto de vista da eficiência econômica, um cartel tende a elevar os preços dos produtos/serviços e reduzir a quantidade ofertada. Similarmente às características do monopólio, há uma elevação do excedente do produtor, uma redução do excedente do consumidor e é criado ou ampliado o peso morto, montante que é deixado de ser produzido e consumido e não é auferido por nenhum agente econômico. Segundo Whinston (2006), em geral os cartéis tem um impacto negativo no bem estar social. Há casos em que os acusados argumentam que o acordo cooperativo seria benéfico para a sociedade, como por exemplo afirmar que na inexistência do acordo não seria possível haver mais de uma firma no mercado e um monopólio seria estabelecido, piorando a situação. Todavia, as autoridades antitruste não consideram estes argumentos pelo fato de eles serem improváveis, além de que

¹²⁴ Para os propósitos do *paper* o cartel é sinônimo de conluio explícito, em que há clara e evidente coordenação de esforços. A definição de colusão tácita (conluio não cooperativo) como crime não é consenso entre as autoridades antitruste dos países.

se for necessária uma análise de benefícios e malefícios para cada caso que justifique o cartel isto incorreria em custos administrativos elevados. Desta forma, via de regra, assume-se que um cartel reduz o bem estar, isto é, a soma dos ganhos dos ofertantes e dos consumidores após o cartel é menor que a soma em um mercado competitivo. Por este fato, um acordo explícito de cartel é uma infração *per se* e não depende de interpretações ou qualquer regra de razoabilidade.

Mesmo que o bem estar social fosse elevado com a existência do cartel há também a questão dos danos aos consumidores. De acordo com OECD (2002), o cartel tende a elevar os preços acima dos níveis competitivos, portanto o consumidor escolhe entre não pagar este preço supervalorizado ou pagar, culminando em transferência de excedente do consumidor para o ofertante. Em adição, membros do cartel são protegidos das forças competitivas de mercado, reduzindo os incentivos em inovação e redução de custos. Ainda segundo OECD (2002), os danos gerados pelos cartéis são difíceis de serem mensurados, porém entre 1996 e 2000 a instituição realizou uma pesquisa com os membros, coletando informações sobre 119 cartéis. O montante de comércio afetado apenas pelos 16 maiores cartéis da amostra era da ordem de US\$ 55 bilhões, isto é, apesar de não haver estimativas exatas, a magnitude dos danos ao redor do mundo é de bilhões de dólares anuais.

Segundo Spagnolo (2005), os cartéis podem ser caracterizados como uma forma de crime organizado, em que dois ou mais agentes coordenam esforços para restringir a concorrência em um mercado por meio de fixação de preços, divisão de mercados, restrição à entrada de novos concorrentes, entre outros. Apesar de haver uma extensa literatura referente à Economia do Crime e às atividades criminais individuais após o trabalho seminal de Becker (1968), o crime organizado difere do crime individual tanto na forma como é configurado quanto nos incentivos. Spagnolo (2008) ressalta três características fundamentais dos cartéis como crime organizado, mas que também podem ser aplicadas a outros tipos de atividades criminais com mais de um agente, a corrupção por exemplo. A primeira característica é que, como um cartel exige a coordenação de agentes distintos, problemas relacionados ao oportunismo e ao comportamento de *free-rider* podem ocorrer, incluindo os problemas de informação assimétrica definidos na literatura econômica, tal como o *holdup* e o risco moral. Mesmo em cartéis estruturados e com anos de funcionamento há o incentivo à traição e ao comportamento distinto do combinado. A segunda característica é que os cartéis em geral são atividades criminais contínuas (mesmo em licitações é comum que o cartel atue em diversas ocasiões). Ao contrário de crimes isolados em que o criminoso pode cometer uma vez e nunca mais, os cartéis envolvem lucros presentes e expectativas de lucros futuros. Dependendo da

situação é mais vantajoso para a firma ter uma atitude oportunista e trair o cartel, dado a expectativa dos ganhos presentes e futuros. Com isto, os membros devem criar mecanismos que garantam que o cartel seja o menos propício à traição possível, como por exemplo se juntarem a membros com “boa reputação” e ameaçar retaliações no caso de alguma atitude não coordenada. Por fim, a terceira característica fundamental do cartel como um crime organizado é que, dada a atividade coordenada, cada membro sabe que os demais estão cometendo um crime, o que pode ser informada para uma terceira parte.

O EUA foi uma das primeiras nações a decretar uma lei federal para punir práticas anticompetitivas, o *Sherman Antitrust Act* de 1890, com o objetivo de punir os monopólios industriais e os grandes conglomerados que agiam coordenadamente em todo o país. Entre outras características, a lei coibia a formação dos *trusts*, como eram denominados os cartéis na época, argumentando que os mesmos eram responsáveis pela elevação das tarifas e pelo dano à concorrência. Todavia, a justiça norte-americana tem a tradição de possuir mecanismos não ortodoxos para lidar com os crimes, que de certa forma podem ser vistos como ferramentas mais “tolerantes” no combate a atividades criminais, isto porque partem da ideia da concessão de benefícios em troca de informações. Motta e Polo (2003) cita os mecanismos de auto delação, em que um agente criminoso pode obter benefícios ao reportar um crime em que esteja envolvido às autoridades, e também os mecanismos de proteção e incentivos monetários aos funcionários que relatarem fraudes para os superiores ou para o governo (*whistle-blowers*). Há também a questão do *plea-bargaining*, em que o criminoso pode assumir a culpa pela atividade criminal em troca de penalidades mais brandas. Motta e Polo (2003) citam trabalhos desde a década de 70 que mostram os possíveis benefícios econômicos do *plea-bargaining*, principalmente no sentido da redução dos custos de acusação.

2.2 Os programas de leniência atuais

Considerando as características e os incentivos existentes nos cartéis, juntamente com as ferramentas supracitadas de combate ao crime, o governo norte americano começou a pensar em políticas federais de combate aos cartéis que pudessem explorar as ideias de auto delação, assunção de culpa e acusação dos demais membros, isto em troca de um tratamento mais tolerante aos delatores. Daí surge o conceito de leniência no combate aos cartéis. O termo “leniência” é sinônimo de tolerância, permissividade e generosidade. O EUA foi a primeira nação a adotar um programa leniente de combate aos cartéis em 1978, denominado de *Amnesty*

Program, porém Hammond (2004) salienta que o mesmo não foi muito efetivo. O Departamento de Justiça norte americano recebeu apenas uma proposta de anistia por ano até 1993 e não foi possível acusar um cartel internacional sequer. Em 1993 o programa foi reformulado e intitulado de *US Corporate Leniency Policy*, sendo o pioneiro dos programas de leniência tal como conhecidos nos dias de hoje. Segundo Hammond (2004), as três principais alterações do *Amnesty Program* para o *US Corporate Leniency Policy* são: antes, os delatores eram elegíveis à anistia, ou seja, não havia garantia nenhuma de que os benefícios seriam obtidos. Atualmente, a anistia para a firma é automática se os pré-requisitos forem cumpridos e a autoridade antitruste ainda não tiver conhecimento sobre o caso; atualmente é possível obter benefícios mesmo se a delação ocorrer após o Departamento de Justiça norte americano ter iniciado as investigações, o que não era possível anteriormente; por fim, se uma firma for qualificada para a anistia automática, todos os funcionários que auxiliarem no processo investigativo também recebem anistia, o que também não ocorria anteriormente.

O *US Corporate Leniency Policy* adotado em 1993 é destinado às firmas, isto é, prevê condições, obrigações e anistias para companhias que optarem por delatar o cartel. Indivíduos só poderiam obter benefícios se a firma em que trabalhassem assinasse o acordo de leniência. Em 1994 foi formulado e implementado no EUA o *Individual Leniency Policy*, permitindo que indivíduos assinassem acordos de leniência e obtivessem anistia de multas e imunidade de penas criminais, como sentenças de prisão. A União Europeia (UE) implementou o *European Leniency Program* em 1996 e permite apenas que firmas sejam signatárias de acordos de leniência. Após o EUA e a UE diversos países adotaram o programa de leniência, incluindo o Brasil em 2000 com a Lei 10.148/00. A adoção maciça de programas de leniência pelos países no final do século XX e início do século XXI é denotado por Spagnolo (2008) de “*the leniency revolution*”¹²⁵, onde métodos tradicionais de detecção e acusação de cartéis utilizados pelas autoridades antitruste, tais como denúncias de consumidores, auditorias, grampos telefônicos e mandatos de busca e apreensão passaram a ser substituídos por políticas bem delineadas de benefícios e auto delação.

A implementação dos programas de leniência ao redor do mundo decorre do consenso de que este é um mecanismo inteligente de combate aos cartéis. A primeira vista um programa de leniência tem o objetivo de incentivar algum membro do cartel a reportar a atividade às autoridades e auxiliar na acusação dos demais membros em troca de benefícios e anistias.

¹²⁵ De acordo com Hammond (2010), mais de 50 países instituíram o programa de leniência.

Assim, a probabilidade de detecção dos cartéis seria aumentada, o que elevaria os custos de formar um acordo colusivo. Todavia esta é uma análise simplista, visto que um programa desta magnitude altera todo um mecanismo de incentivo à formação de cartéis e à estabilidade dos mesmos. Segundo Harrington (2008), um programa de leniência apresenta dois objetivos principais: prevenir a formação de novos cartéis e desestabilizar cartéis já existentes. O primeiro objetivo é denominado de dissuasão (*deterrence*), palavra que significa modificar uma ideia anteriormente tomada. De acordo com Harrington (2008), a ideia seria alterar os incentivos que as firmas teriam para se cartelizarem *ex ante*, de modo que a ameaça de uma denúncia torne o cartel não lucrativo (o cartel seria estável na ausência do programa, mas as expectativas de penalidades são tais que tornam a decisão de conluio não lucrativa) e/ou instável (mesmo que o cartel seja lucrativo, a instabilidade dos demais traírem o cartel e delatarem para as autoridades faz com que o conluio não ocorra). O segundo objetivo é denominado de desistência (*desistance*) e ocorre quando o conjunto de estados em que o cartel pode ser desfeito é expandido, desestabilizando um cartel já existente.

Além do fato de que os cartéis devem ser combatidos e que o programa de leniência é uma ferramenta inteligente por modificar todo um mecanismo de incentivos na formação e estabilidade dos cartéis, outro fator ajuda a justificar a adoção dos programas de leniência por diversos países: o custo-benefício. Na literatura ainda não há estudos mensurando os gastos com programas de leniência e os benefícios gerados. Todavia, intuitivamente é possível considerar que estes são programas que facilitam o trabalho das agências antitruste.

De acordo com Lorenz (2013), as autoridades antitruste obtêm informações sobre infrações anticoncorrenciais de três formas: a primeira e a mais dispendiosa seria o monitoramento do mercado relevante em que o cartel possivelmente atua (envolve custos com pessoal, grampos telefônicos, entre outros); a segunda seria quando algum agente que foi prejudicado pelo cartel relatasse a atividade criminosa para as autoridades, um consumidor ou fornecedor, por exemplo; por fim, as autoridades podem obter informações diretamente das empresas envolvidas por meio de investigação direta (auditorias e mandatos de busca e apreensão) ou incentivando as firmas a entregarem as evidências do cartel em troca de benefícios (programa de leniência). Lorenz (2013) afirma que as principais vantagens do programa de leniência em comparação com as demais é que este proporciona a obtenção de evidências a baixos custos, visto que o principal requisito para um acordo é que a firma reconheça a culpa e auxilie nas acusações dos demais membros. Em suma, quando Baker (2003) conclui que os benefícios das políticas antitruste são maiores do que os custos das autoridades

atuarem e das empresas a se adequarem às políticas, esta afirmação tende a ser ainda mais verdadeira no caso dos programas de leniência.

3. A literatura internacional e as principais contribuições empíricas

A literatura internacional de Economia referente aos programas de leniência divide-se em três vertentes. A primeira e a mais antiga são os trabalhos teóricos com base na teoria dos jogos, que visam compreender como as políticas de leniência modificam os equilíbrios competitivos e colusivos em jogos infinitamente repetidos. Em geral, estes trabalhos buscam compreender a efetividade de políticas de leniência por meio dos *pay-offs* resultantes de jogos repetidos infinitamente que resultam em equilíbrios de Nash perfeito de subjogos¹²⁶, analisando os incentivos gerados para as firmas em estratégias de conluio, de traição e de equilíbrio competitivo. Segundo Spagnolo (2008), a ideia é que desenhos ótimos de políticas de leniência visam acabar com a possibilidade de cooperação com a inexistência de equilíbrios colusivos, sobrando apenas equilíbrios competitivos. Obviamente os resultados são distintos dependendo das pressuposições dos modelos, do timing do jogo e do objetivo de análise da pesquisa. Motta e Polo (2003) analisam os efeitos do programa de leniência no incentivo das firmas formalizarem um acordo e revelarem informações que auxiliam a autoridade antitruste a provar o comportamento colusivo, concluindo que, ao reduzir a expectativa das multas, os programas de leniência podem induzir a um comportamento pró-cartel por reduzir a expectativa das multas aplicáveis. Aubert *et al.* (2006) concluem que recompensas individuais são mais efetivas para deter a colusão que a redução das multas aplicáveis. Chen e Rey (2013) mostram que é sempre preferível oferecer a possibilidade da leniência antes que a investigação tenha iniciado, mas também é ótimo do ponto de vista do modelo continuar oferecendo leniência uma vez que a investigação esteja em curso. Para Marx e Mezzeti (2014), a presença do programa de leniência aumenta o incentivo das firmas a investir na dissimulação da atividade colusiva para reduzir a probabilidade de que elas sejam descobertas. Segundo os autores, o programa geraria dois efeitos relacionados à dissimulação: o primeiro é que, na presença do programa de leniência, a firma pode reduzir suas perdas se optar pela anistia. Este efeito, portanto, é direcionado à redução da dissimulação (a firma não estaria disposta a esconder evidências e fingir

¹²⁶ O equilíbrio de Nash perfeito de subjogos é um *profile* de estratégias que induz o equilíbrio de Nash em cada subjogo, evitando ameaças não críveis. Uma ameaça não crível ocorre quando o próprio autor da ameaça não tem incentivos para efetivá-la, dada a sequência do jogo.

comportamentos competitivos, dado que a perda esperada é menor); o segundo efeito é que quando a autoridade possui evidências sobre o cartel a firma pode propor o acordo de leniência, então poderia ser acusada com uma probabilidade maior do que na ausência da propositura do acordo. No modelo desenvolvido o segundo efeito é dominante, portanto um programa de leniência aumentaria o esforço para dissimular a cartelização com o objetivo de reduzir as investigações pela autoridade antitruste. Outras contribuições importantes incluem Brisset e Thomas (2004), Spagnolo (2005) e Harrington (2008).

A segunda vertente refere-se aos trabalhos experimentais, nos quais os impactos gerados pelas políticas de leniência são verificados em laboratórios. Hu *et al.* (2009), Bigoni *et al.* (2012) e Clemens e Rau (2014) são exemplos de *papers* que usam experimentos para verificar a efetividade das estratégias implementadas por programas de leniência. Finalmente, a terceira abordagem é a econométrica, a mais recente das três devido ao fato do programa de leniência ser uma política recente de combate aos cartéis. Esta tem por objetivo verificar empiricamente se um programa de leniência confirma algum resultado oriundo de um modelo ou alguma discussão teórica. Em outras palavras, visa analisar os impactos do programa e se o mesmo foi efetivo.

Dois obstáculos surgem neste contexto. O primeiro é a dificuldade na obtenção dos dados, visto que os acordos de leniência são geralmente confidenciais, pelo menos enquanto estão em curso. O segundo é apontado por Harrington e Chang (2009): os cartéis se escondem devido à ilegalidade, portanto apenas a população dos cartéis descobertos é observada. As seguintes dificuldades são apontadas pelos autores:

“To see the difficulties that can arise, consider a policy that impacts both the rate of cartel formation and the rate at which cartels are discovered. By both raising the discovery rate and reducing the number of cartels, the effect on the number of convictions is generally ambiguous. Hence, the number of convictions could be unchanged even though the policy is working as intended. Alternatively, the lack of change in the number of convictions could reflect the ineffectiveness of the new policy. How are we to judge the efficacy of a policy when the intended variable to be affected- the cartel rate - is not observed?”(HARRINGTON, CHANG, 2009, p.2)

Para lidar com este problema a literatura empírica tem desenvolvido hipóteses sobre o comportamento dos cartéis e das firmas com a introdução do programa de leniência, em geral suportadas por modelos e discussões teóricas. A maior parte dos trabalhos econométricos é relacionada a um programa de leniência específico. Os programas adotados pelos EUA e UE são os mais estudados, visto que são os mais antigos, possivelmente apresentam maiores

quantidades disponíveis de dados e, em geral, os programas dos outros países são semelhantes a algum deles. Por outro lado, um *paper* verificou a efetividade dos programas de leniência em diversos países simultaneamente. Uma análise destes trabalhos empíricos é fornecida, com foco na efetividade dos programas de leniência ao redor do mundo.

O *US Corporate Leniency Program* adotado pelo EUA em 1993 foi objeto de estudo de Miller (2009), possivelmente o primeiro *paper* publicado que tratou da efetividade de um programa de leniência. O autor desenvolve um modelo dinâmico do comportamento dos cartéis com base no processo Markoviano de primeira ordem, no qual as indústrias transitam estocasticamente entre colusão e competição. A ideia central é compreender como uma inovação na política antitruste (tal como um programa de leniência) afeta a distribuição temporal do número de cartéis descobertos pela autoridade antitruste. Os resultados do modelo teórico são: o número de cartéis detectados aumenta imediatamente após a adoção do programa de leniência, o que está de acordo com a elevação da taxa de detecção devido à implementação do programa; após a elevação, o número de cartéis detectados diminui para abaixo dos níveis iniciais, o que é consistente com a capacidade dissuasiva do programa (menos cartéis são formados). Miller (2009) testa as premissas teóricas por meio de uma regressão de Poisson, cuja variável dependente é o número de cartéis detectados por semestre. A variável de interesse é uma *dummy* que assume valor um nos períodos posteriores a agosto de 1993, data em que o US Corporate Leniency Program foi instituído. O coeficiente relacionado a esta variável é positiva e significativa em todas as especificações consideradas, confirmando a primeira premissa. Para a segunda premissa o autor considera as mudanças na média condicional da regressão. Os resultados confirmam que a média condicional após a adoção do programa é inferior à média condicional nos períodos anteriores à implementação do programa, indicando que menos cartéis são formados.

Outro trabalho que analisa a efetividade do *US Corporate Leniency Program* é Zhou (2013). Baseado em Harrington e Chang (2009), Zhou (2013) desenvolve um modelo dinâmico com base no risco médio de dissolução dos cartéis. Considerando que um programa de leniência aumenta a taxa de detecção dos cartéis, o risco médio de dissolução dos cartéis é reduzido imediatamente após a adoção do programa, resultando que a duração média dos cartéis detectados é elevada no curto prazo. Isto porque os “cartéis marginais”, que são indiferentes entre realizar o acordo ou não, passam a não se formarem devido à elevação da taxa de detecção, e, portanto, os cartéis detectados serão aqueles de maior duração. Este fato é condizente com a capacidade de dissuasão do programa de leniência. No longo prazo a capacidade

desestabilizadora do programa faz com que o risco médio de dissolução dos cartéis seja elevado para um patamar acima do registrado anteriormente, resultando que a duração média dos cartéis detectados é decrescida. Zhou (2013) testa as hipóteses de curto e longo prazo por meio do modelo de risco proporcional de Cox aumentado, em que a variável dependente é a duração dos cartéis e as variáveis explicativas de interesse são duas *dummies*, em que uma assume o valor um se o cartel foi formado antes de agosto de 1993 e terminou após este período, e a outra assume o valor um se o cartel começou e terminou após agosto de 1993. Estas são as variáveis de curto e longo prazo respectivamente. Os resultados confirmam as premissas teóricas, indicando que o *US Corporate Leniency Program* obteve êxito tanto no aspecto dissuasivo quanto no aspecto desestabilizador.

Considerando os dois trabalhos supracitados, é possível concluir que o *US Corporate Leniency Program* foi efetivo em todos os sentidos estudados, incluindo a capacidade de detecção, dissuasão e desestabilização dos cartéis. Apesar de Miller (2009) ter sofrido algumas críticas, como por exemplo não considerar a duração dos cartéis, é consenso que este *paper* é uma das principais contribuições empíricas à literatura econômica, ao passo que Zhou (2013) inovou em diversos aspectos com relação a trabalhos anteriores. As variáveis utilizadas para controlar os fatores externos e a metodologia empregada para considerar as possíveis causas da dissolução dos cartéis demonstram que o trabalho está na fronteira do conhecimento empírico do tema. Desta forma, é possível considerar que os resultados obtidos são robustos e contribuem sobremaneira para o entendimento dos impactos do Programa de Leniência no EUA.

O *European Leniency Program* foi implementado em 1996 e foi alvo de diversas modificações com o passar dos anos, a mais importante delas ocorrida em 2002. O primeiro *paper* que analisou a efetividade deste programa foi Brenner (2009). As duas primeiras hipóteses do trabalho foram formuladas pelo autor e são relacionadas aos conceitos de informação revelada e custos de acusação. Nos casos de cartel em que há o acordo de leniência, a informação revelada para a autoridade antitruste tende a ser maior, permitindo que o montante de multa sancionada seja superior aos casos em que não há acordo de leniência, tudo mais constante. Em adição, nos casos em que há o acordo de leniência o custo de investigação e acusação tende a ser menor, sendo a duração das investigações uma *proxy* para os custos. Cada uma destas hipóteses é testada por uma regressão cuja variável explicativa de interesse é uma *dummy* que assume valor um quando o caso de cartel apresenta o acordo de leniência. Ao estimar as regressões por Mínimos Quadrados Ordinários (MQO), o autor conclui que o acordo permite que a autoridade antitruste sancione maiores multas e a duração das investigações nos

casos em que há o acordo é reduzida em um ano e meio em média. A discussão teórica de Brenner (2009) é de fundamental importância para o entendimento dos impactos dos programas de leniência, visto que elevar a informação obtida e reduzir os custos de investigação auxiliam o trabalho da autoridade antitruste e permite que recursos sejam economizados e/ou destinados a outras atividades. A terceira hipótese é baseada em Harrington e Chang (2009) e afirma que a duração média dos cartéis detectados imediatamente após a adoção do programa de leniência é aumentada. O autor especifica e estima por MQO uma regressão cuja variável dependente é a duração dos cartéis e as variáveis explicativas são as características do cartel, entre elas uma variável *dummy* que representa se o cartel foi detectado logo após a adoção do programa, concluindo que a hipótese pode ser rejeitada. Todavia, a *dummy* de interesse é definida arbitrariamente e assume o valor um se o cartel foi detectado em até três anos após 1996, ou seja, o efeito de curto prazo do programa de leniência é definido de forma arbitrária em três anos, fato que é criticado por trabalhos posteriores. As duas últimas hipóteses são as mesmas desenvolvidas por Miller (2009), porém o autor afirma que não há evidências suficientes para confirmar as suposições teóricas.

O trabalho de De (2010) investiga os determinantes da duração dos cartéis pelo modelo de risco proporcional de Cox. O autor conclui que os cartéis detectados após 1996 tem uma menor probabilidade de sobreviver do que os cartéis detectados anteriormente, o que não é consistente com a hipótese de curto prazo de Harrington e Chang (2009) exposta anteriormente. Zhou (2013) testa a hipótese de que o risco médio de dissolução dos cartéis diminui imediatamente após a adoção do programa de leniência para o caso da UE, ou seja, a hipótese de curto prazo formulada pelo *paper*. O autor considera tanto a data de adoção do programa em 1996 quanto a reforma ocorrida em 2002. O *European Leniency Program* de 1996 não foi significativo na alteração do padrão de risco dos cartéis, porém a reforma de 2002 mostrou-se significativa, ou seja, impactou de forma negativa no risco médio de dissolução, o que é coerente com a capacidade dissuasiva do programa. A reformulação ocorrida em 2002 tornou o programa mais claro, com maiores reduções de multas e fornecia imunidade automática para o candidato qualificado. O autor não testou a hipótese de longo prazo devido à escassez de dados.

Os resultados referentes ao *European Leniency Program* adotado em 1996 não são consensuais. Todavia, Brenner (2009) nas duas primeiras hipóteses e Zhou (2013) consideram a efetividade da reforma realizada em 2002, concluindo que o programa foi eficaz de acordo com as premissas teóricas e empíricas de cada trabalho.

Poucos trabalhos aplicados foram realizados para outros países. Choi e Hahn (2014) concluem empiricamente que tanto a adoção do programa em 1997 quanto uma importante revisão em 2005 elevaram a taxa de detecção de cartéis na Coreia do Sul, resultando em conclusões semelhantes a Zhou (2013): a duração média dos cartéis detectados aumentou no curto prazo e diminuiu para abaixo do nível anterior no longo prazo. Por sua vez, Yusupova (2013) conclui que o Programa de Leniência adotado pela Rússia em 2007 não foi muito efetivo, inclusive reduzindo o número de cartéis descobertos. Todavia, a reforma ocorrida em 2009 resultou em efeitos positivos, reduzindo o número de membros dos cartéis e aumentando a quantidade de cartéis detectados.

O trabalho de Klein (2010) distingue-se dos demais por considerar diversos países simultaneamente. O autor verifica a efetividade do programa de leniência por meio do *mark-up* das indústrias dos 23 países da OCDE por um período de 20 anos. A ideia é que um programa de leniência aumenta a competição no país e reduz a lucratividade média das indústrias. Os resultados indicam que a implementação de um programa de leniência reduz a lucratividade das indústrias em cerca de 3% a 5%, o que é coerente com as capacidades dissuasivas e desestabilizadoras dos cartéis. Este é um estudo importante porque verifica os impactos dos programas de leniência nas indústrias e na economia, e não apenas nos aspectos relacionados aos cartéis e à autoridade antitruste. Concluir que o programa de leniência reduz os *mark-ups* ressalta ainda mais a importância deste tipo de política, além de esclarecer ainda mais os efeitos danosos dos cartéis na economia.

A Tabela a seguir resume os *papers* que testaram de forma empírica a efetividade dos programas de leniência.

Tabela 1. Resumo dos *papers* que verificaram a efetividade dos programas de leniência.

| Paper | Programa de Leniência estudado | Foi efetivo de acordo com a abordagem utilizada? |
|--------------------|---------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Miller (2009) | EUA | Sim |
| Brenner (2009) | União Europeia | Parcialmente |
| De (2010) | União Europeia | Não |
| Zhou (2013) | EUA e União Europeia | Sim |
| Klein (2010) | Países da OECD | Sim |
| Yusupova (2013) | Rússia | Sim, após a reforma de 2009 |
| Choi e Hahn (2014) | Coreia do Sul | Sim |

Fonte: Resultados de Pesquisa.

4. O Programa de Leniência brasileiro: pontos positivos e desafios

Com base nos trabalhos citados, é possível concluir que o programa de leniência é uma política efetiva de combate aos cartéis. Todavia, alguns requisitos são fundamentais para que o programa cumpra seus objetivos principais. No caso brasileiro, alguns pontos que podem auxiliar ou prejudicar a efetividade do programa devem ser ressaltados. De acordo com Spagnolo (2008), políticas semelhantes ao programa de leniência já existiam no EUA antes de 1993, porém a grande diferença do programa para as políticas anteriores é que este é *ex-ante*, geral e público. *Ex-ante* porque é direcionado aos infratores que ainda não foram detectados, encorajando a auto delação. Geral porque é aplicável anonimamente a todos que estiverem na situação especificada pelo regulamento, e público porque as regras são de conhecimento amplo, bem como as vantagens automáticas e os possíveis benefícios. O Programa de Leniência adotado no Brasil em 2000 e posteriormente modificado em 2011 assume todas estas características, ou seja, visa incentivar a auto delação quando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não tem informação sobre o cartel ou auxiliar na investigação caso o mesmo já tenha ciência, todos os membros de um cartel (inclusive o líder) podem propor um acordo de forma anônima e as regras são de conhecimento público.

Outro fator que auxilia na efetividade do Programa de Leniência brasileiro é o esforço exercido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no combate aos cartéis. Combater os cartéis é uma atividade prioritária do CADE, portanto são realizados seminários, palestras, cartilhas e estudos que divulgam o Programa de Leniência para a população, ressaltando os danos expressivos que os cartéis geram para a economia e para os consumidores. Pelo lado da ciência econômica empírica tem havido um grande esforço relacionado ao desenvolvimento e aplicação de filtros de carteis, conforme pode ser observado em Cuiabano *et al.* (2014). O conhecimento público é fundamental para que a cultura da defesa da concorrência prevaleça em um país, visto que conscientiza as empresas sobre as atividades ilegais e demonstra que os crimes cometidos não ficarão impunes.

Com relação às regras do Programa de Leniência brasileiro, uma importante vantagem é a abordagem “*winners takes all*”. A questão é que as políticas de leniência tendem a reduzir a expectativa de penalidades dos membros de um cartel, o que modifica os incentivos das firmas e pode resultar na formação de novos cartéis e na maior estabilidade dos mesmos, conforme ressalta Motta e Polo (2003). Desta forma, é interessante fornecer benefícios apenas para o

primeiro candidato a qualificar-se, tal como ocorre no EUA e no Brasil e contrariamente ao que ocorre na UE, onde todas as firmas do cartel podem obter leniência, mas a amplitude (porcentagem da multa) da anistia diminui à medida que o número de acordos aumenta. Apesar de não haver estudos empíricos para verificar a importância da leniência para várias firmas, é possível pensar que as outras firmas que assinaram o acordo poderiam ser julgadas sem nenhuma anistia, visto que a primeira beneficiária tem o compromisso de cooperar com as investigações e fornecer evidências que comprovam as infrações e os infratores. Aparentemente a leniência para todas as firmas tem a intenção de facilitar o trabalho da autoridade antitruste, já que as mesmas assumem a culpa pelo crime cometido e cooperam com a redução dos custos de investigação. Outro ponto relevante do Programa de Leniência brasileiro é o fato de fornecer maiores benefícios quando a autoridade antitruste ainda não possui informação sobre o caso. No Brasil a imunidade automática é concedida neste contexto, ao passo que possíveis reduções de um a dois terços da pena aplicável ocorrem caso o CADE já saiba da infração, portanto dependem de um julgamento posterior. Este fato induz os membros do cartel a revelarem a atividade criminal, e não apenas aproveitarem de possíveis benefícios após o cartel ter sido descoberto.

Apesar de alguns pontos estarem a favor do Programa de Leniência brasileiro, há alguns fatores que podem prejudicar a efetividade do mesmo. Martinez (2015) pontua quatro principais desafios que o SBDC deve lidar com relação ao Programa de Leniência brasileiro. O primeiro é relacionado à leniência e às ações judiciais de restituição. No Brasil, uma firma que tenha comprovadamente participado de um cartel pode ser processada por agentes civis, incluindo indivíduos, municípios, governo, entre outros. Em 2013, por exemplo, o estado de São Paulo iniciou uma ação civil contra um beneficiário do acordo de leniência para ser ressarcido sobre o preço originário de um cartel nas licitações de construção e manutenção dos metrô. A questão é que um membro de um cartel pode ser responsabilizado por restituir os danos causados por todos os membros, o que desestimularia a assinatura do acordo de leniência por expor a firma e a atividade criminal.

O segundo desafio é referente à interface entre o Programa de Leniência e o Termo de Cessação de Conduta (TCC), ferramenta de combate aos cartéis regulamentada no Brasil desde 2007 e que também existe em outras jurisdições. Segundo o CADE (2015), o TCC pode ser assinado por qualquer membro de um cartel e prevê benefícios na esfera administrativa, ou seja, não há imunidade criminal. O membro deve cessar a prática anticompetitiva, confessar o crime e colaborar com as investigações, sendo que em troca pode obter uma redução da multa

esperada de 30% a 50% caso seja o primeiro proponente, 25% a 40% caso seja o segundo e 25% se for o terceiro ou adiante. Martinez (2015) ressalta: se os incentivos para o TCC forem muito altos, os membros de um cartel podem utilizar o TCC ao invés do acordo de leniência, o que resultaria em um efeito negativo ao Programa de Leniência. O que pode ocorrer (e de fato ocorre) é uma firma assinar o acordo de leniência, denunciar o cartel e os demais membros assinarem o TCC, o que funcionaria como uma forma de leniência mais amena para os demais envolvidos como ocorre na UE. Apesar deste fato contribuir com a redução dos custos de investigação e acusação, pode também alterar todo um mecanismo de incentivos de modo que a cartelização seja facilitada. Os membros de um cartel, sabendo que tem este dispositivo para reduzir as multas possíveis, podem ter as expectativas de lucros do cartel ampliadas.

O terceiro ponto salientado por Martinez (2015) é a duração das investigações. A Lei brasileira requer que a firma proponente à leniência identifique todos os funcionários que desejarem assinar o acordo em conjunto. Além disto, requer que sejam identificados indivíduos que trabalham para outros membros do cartel. Isto resulta em um número grande de pessoas envolvidas, o que estende a duração das investigações e do processo de acusação. Não é surpresa o fato de que cinquenta acordos de leniência já foram assinados no Brasil e apenas quatro casos terem sido julgados.

Por fim, o último ponto a ser considerado é referente à interface entre o Programa de Leniência e a imunidade criminal. Apesar do programa proteger os signatários de algumas acusações criminais, tais como previstas na Lei de Crime Contra a Ordem Econômica e na Lei de Licitações, ainda há crimes tipificados em outras leis que podem se adequar ao caso de cartel, tornando os membros vulneráveis a processos criminais. Um exemplo é a conceituação do “crime organizado”, tipificado na Lei nº 12.850/13.

5. Conclusões

Os programas de leniência são ferramentas efetivas de combate aos cartéis. A eficácia do programa já foi avaliada pela capacidade de aumentar a taxa de detecção dos cartéis, elevar as informações obtidas pela autoridade antitruste e modificar o padrão de duração dos cartéis, alterando incentivos e contribuindo com as capacidades dissuasivas e desestabilizadoras. Além disto, os programas de leniência favorecem a competição por reduzirem os *mark-ups* das indústrias. Alguns requisitos apontados são importantes para esta efetividade, e o Programa de Leniência brasileiro enquadra-se nestes pré-requisitos, além do fato de que outros fatores

contribuem para o funcionamento adequado do programa no Brasil. Por outro lado, alguns desafios devem ser enfrentados, como por exemplo a interface entre o programa e as ações de restituição e a demora nos julgamentos no Brasil.

O grande desafio atual é formular novas formas de testar a efetividade dos programas, considerando a questão de que a população total dos cartéis não é conhecida pelo fato de que as informações possíveis são referentes apenas aos cartéis descobertos. Em adição, as políticas antitruste de combate aos cartéis devem ser estudadas em outros países, levando em consideração as peculiaridades de cada nação referente aos aspectos políticos, sociais, culturais e econômicos.

Neste contexto, análises para o Brasil são mais que necessárias. O combate aos cartéis é uma prioridade do SBDC e do CADE, portanto é fundamental compreender se as políticas implementadas estão sendo eficazes do ponto de vista econométrico. Isto propiciaria um maior entendimento acerca destas políticas e permitiria que novas mudanças fossem propostas com o intuito de elevar a efetividade do combate aos cartéis no Brasil.

6. Referências

AUBERT, C. ; REY, P. ; KOVACIC, W. E. The Impact of Leniency and Whistle Blowing Programs on Cartels. *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), p. 1241-1266. 2006.

BAKER, J. B.; The Case for Antitrust Enforcement. *Journal of Economic Perspectives*, V.17, nº 4. P. 27-50. 2003.

BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, V.76, Nº 2. P. 169-217. 1968.

BIGONI, M. ; FRIDOLFSSON, S. ; COC, C. L. ; SPAGNOLO, G. Fines, leniency, and rewards in antitrust. *RAND Journal of Economics*. V. 43, No. 2, pp. 368–390. 2012.

BRENNER, S. An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program. *International Journal of Industrial Organization*. V. 27, nº 6 , p. 639–645. 2009.

BRISSET, K.; THOMAS, L. Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions. *European Journal of Law and Economics*, nº 17. pp. 5-19. 2004.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). 2015. Guia – Programa de Leniência Antitruste do CADE, versão preliminar. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9595979966a467c391b289>. Acesso em: 30 de dezembro de 2015.

CHEN, Z.; REY, P. On the design of leniency programs. *Journal of Law and Economics*, Vol. 56, No. 4, p. 917-957. 2013.

CHOI, Y. J.; HAHN, K. N. How does a Corporate Leniency Program Affect Cartel Stability? Empirical Evidence from Korea. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 10, nº4, p. 883-907. 2014.

CLEMENS, G. ; RAU, H. Do leniency policies facilitate collusion? Experimental evidence. Discussion Paper nº 130. Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Germany. 2014.

CUIABANO, S. M.; LEANDRO, T.; OLIVEIRA, G. A. S.; BOGOSSIAN, P. Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. *Revista de Defesa da Concorrência*, V. 2, nº 2, p. 43-63. 2014.

DE, O. Analysis of Cartel Duration: Evidence from EC Prosecuted Cartels. *International Journal of the Economics of Business*. Vol. 17, n. 1, p. 33-65. 2010.

HAMMOND, S. D. (2004). Cornerstones of an Effective Leniency Program. The United States Department of Justice, Antitrust Division. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>. Acesso em: 22 de dezembro de 2015.

HAMMOND, S. D. (2010). The Evolution Of Criminal Antitrust Enforcement Over The Last Two Decades. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/speech/evolution-criminal-antitrust-enforcement-over-last-two-decades>. Acesso em: 21 de dezembro de 2015.

HARRINGTON, J. E. Optimal Corporate Leniency Programs. *The Journal of Industrial Economics*, V. 56, Nº 2, p. 215–246. 2008.

HARRINGTON, J. E. ; CHANG, M . Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. *Journal of European Economic Association*, V. 7, Nº 6, p. 1400-1435. 2009.

HU, A.; OFFERMAN, T.; ONDERSTAL, S. Fighting collusion in auctions: an experimental investigation. *International Journal of Industrial Organization*, nº29, p. 84-96. 2011.

LORENZ, M. An Introduction to EU Competition Law. Cambridge University Press. 2013. 426 p.

KLEIN, G. J. (2010) Cartel Destabilization and Leniency Programs - Empirical Evidence. Centre for European Economic Research. Working paper nº 10. Disponível em: <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp10107.pdf>. Acesso em: 3 de janeiro de 2016.

MARTINEZ, A. P. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Law and Practice*. V. 6, Nº 4, p. 260-267. 2015.

MARX, L. ; MEZZETI, C. Effects of Antitrust Leniency on Concealment Effort by Colluding Firms. Working paper. 2014.

MILLER, N.H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Review*, 99 (3), p. 750–768. 2009.

MOREIRA, E. A. S.; PENALOZA, R. Programas de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. In: XXXII Encontro Nacional de Economia, 2004, João

Pessoa, Paraíba. Anais do XXXII ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, Anpec, 2004. P. 1-20.

MOTTA, M. ; POLO, M. Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization*. V. 21, Nº 3, p. 347-379. 2003.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. (2010). Lei e Política de Concorrência no Brasil. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>; Acesso em: 29 de dezembro de 2015.

SPAGNOLO, G. Divide et impera: Optimal leniency programmes, CEPR Discussion Papers nº 4840. 2005.

SPAGNOLO, G. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. In: BUCCIROSSI, P (ed). *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, MIT Press. 2008. p. 259-304.

VASCONCELOS, S. P. ; RAMOS, S. F. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Working Paper. Juiz de Fora. 2007.

WHINSTON, M. D. Lectures on Antitrust Economics, Chapter 2: Price Fixing. Working Paper No. 0040. Northwestern University, Center for the Study of Industrial Organization. 2003.

YUSUPOVA, G. (2013). Leniency Program and Cartel Deterrence in Russia: Effects Assessment. National Research University Higher School of Economics (HSE). Working paper. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348596. Acesso em: 3 de janeiro de 2016.

ZHOU, J. (2013). Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration. Working paper. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1934191. Acesso em: 20 de dezembro de 2015.

Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Indícios e sua (In)Suficiência para a Condenação de Carteis

Dandara Perassa Coêlho¹²⁷

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi questionar o alto valor probatório conferido aos indícios no âmbito das investigações de carteis, por meio de documentação indireta – pesquisa documental e pesquisa bibliográfica –, inclusive com o estudo da teoria da prova. O problema foi formulado quanto à possibilidade ou não de tal meio de prova ser forte o suficiente para gerar uma condenação nos âmbitos do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo Sancionador, com foco neste último. Constatou-se a importância da valoração das provas no procedimento probatório, em verificar quais meios de prova são mais eficazes na tarefa de identificar carteis, estruturas complexas, modernas e dificilmente detectáveis. A maioria das investigações depende de provas indiretas, dentre elas, os indícios e as máximas de experiência; por não serem suficientes, em alguns casos, aplica-se o paralelismo *plus*, que também pode ser insuficiente para embasar uma condenação, por necessitar de um mínimo conjunto probatório.

Palavras-chave: cartel; valor probatório; prova indiciária; indícios; administrativo sancionador; penal econômico; paralelismo plus.

ABSTRACT

The present study was aimed to question the high probative value of indirect evidence in cartel investigations, through indirect documentation – documentary and bibliographic research –, including the study of the Theory of Legal Proof. The problem was formulated on whether that mean of proof is strong enough to base a conviction in the areas of Economic Criminal Law and Sanctioning Administrative Law, focusing on the latter. This paper highlighted the importance of the assessment of evidence in the probative procedure, as it serves to check which means of proof are more effective in the task of identifying cartels, modern and complex structures, and hardly detectable. Most investigations depend on indirect proof, including indirect evidence and “maxims of experience”; because of the insufficiency, sometimes, of indirect evidence, the next step was to analyse the parallelism plus theory, which, in its turn, can also be insufficient, by requiring a minimum evidence to work with.

Key words: cartel; indirect proof; indirect evidence; circumstantial evidence; probative value; Economic Criminal Law; Sanctioning Administrative Law; parallelism plus theory.

Classificação JEL: K14; K21; K41; K42; L41.

¹²⁷ Pós-graduanda (Especialização Lato Sensu) em Ciências Criminais na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Advogada. E-mail: dandarapcoelho@hotmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de uma valoração probatória mais criteriosa para a sua persecução; 3. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem); 4. A frágil força probatória dos indícios; 5. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo *Plus*; 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Dentro do convívio social, o cometimento de alguns crimes lesa bens jurídicos coletivos e supraindividuais e causa prejuízos em larga escala. A Criminalidade Econômica envolve poder, corrupção, e pessoas das mais altas classes econômicas e hierárquicas. Diz-se que “a criminalidade econômica reúne as violações à ordem pública econômica e a delinquência cometida no âmbito da empresa”.¹²⁸

Nesse uso mais generalizado do termo, encaixam-se crimes de colarinho branco, crime organizado, e em geral, crimes de natureza econômica, como os cometidos nos âmbitos concorrencial e penal econômico, dentre eles, a formação de carteis, estruturas complexas de associação delitiva, que ainda hoje representam um grave problema à ordem econômica.

O termo “cartel” é inglês, e pode ser explicado como acordos implícitos ou explícitos firmados entre várias empresas em um mesmo setor industrial ou mesmo mercado relevante, a nível nacional ou internacional, para fixação de preços e quotas de venda, fabricação e distribuição; limitação de produção; além de divisão do mercado e dos lucros entre seus membros.¹²⁹ Pela magnitude dos danos que causam ou podem vir a causar, exigem uma intervenção estatal repressiva (*post factum*).

Tal intervenção é legitimada pelo poder punitivo do Estado, o qual se ramificou e, dentre estas ramificações, estão o Direito Penal Econômico e o Direito Administrativo Sancionador. O panorama jurídico atual, entretanto, vê-se diante de uma dificuldade muito grande quanto à

¹²⁸ BOULLANGER, Hervé apud SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos? Em: Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179> Acessado em 02 de junho de 2015.

¹²⁹ MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 110.

sua contenção, pelo alto nível social daqueles agentes delitivos, e pela própria estruturação dos grupos criminosos a fim de que não sejam expostos às autoridades.

Apesar do procedimento de investigação de cartéis estar disposto em diversas leis especiais no Brasil, a valoração probatória das provas trazidas no âmbito daqueles processos carece de regras mais claras e objetivas. Ora, o livre convencimento do julgador deve pautar-se em critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova. Acontece que a doutrina e a legislação não indicam quais seriam eles.

Em ambas as áreas já mencionadas acima, as autoridades têm um trabalho altamente complexo de verificar os documentos e depoimentos colhidos, e analisar então as condutas dos competidores investigados. As provas são, majoritariamente, circunstanciais. É praticamente como montar um quebra-cabeça, onde não se sabe exatamente a imagem final que deverá ser formada. O problema dá-se quando as provas trazidas, por si só, não geram mais que fortes indícios do conluio.

É nesse contexto que surge a pergunta-problema do presente estudo. Questiona-se se os indícios são meios de prova com valor probatório suficientemente alto para embasar uma condenação nos âmbitos do Direito Penal Econômico e do Direito Administrativo Sancionador, com foco neste último. Para tanto, serão apontados os meios de prova normalmente disponíveis nas investigações de cartéis – diretas e indiretas.

Toma-se como hipótese que os indícios são por vezes insuficientes para embasar uma condenação. Defende-se que os indícios poderão ser usados somente após o estabelecimento de critérios claros para a sua interpretação, sempre feita juntamente com todo o conjunto probatório. Também como hipótese, tem-se que até mesmo a aplicação da teoria do paralelismo *plus* não é uma resposta estatal altamente eficaz, na medida em que conta com provas indiciárias, majoritariamente, e acaba por não provar a inexistência do fato, sua licitude, ou a não participação do réu na infração. Inclusive, quando sua aplicação é suficiente, a condenação ocorre não pela comprovação direta do conluio, mas pelo afastamento de outras explicações legais para os fatos investigados, e parece carecer de segurança jurídica.

Não obstante todas as considerações positivas sobre as provas indiciárias feitas atualmente pela jurisprudência e por parte da doutrina, é evidente o desafio que as autoridades penal e administrativa ainda têm para efetivar sua aplicação respeitando as constatações feitas aqui, a fim de embasar condenações com segurança jurídica e robustez probatória. Por conta de todo o exposto, o presente tentará apontar soluções para uma valoração mais eficaz dos indícios.

2. A dificuldade de detecção do cartel e a importância de uma valoração probatória mais criteriosa

Os delitos sofisticaram-se, os criminosos também. O cartel faz parte dos delitos cujos prejuízos tomam grande proporção econômica e social, que afetam bens coletivos ou supraindividuais, de natureza econômica, abarcados tanto pelo Direito Penal Econômico quanto pelo Direito Administrativo Sancionador, e cometidos por pessoas associadas – por meio de empresas ou mesmo informalmente –, pertencentes a altos níveis sociais ou socioeconômicos, ou inseridas em cargos de confiança. Para conter essas lesões, protege-se constitucionalmente a ordem econômica, dispondo-se sobre a intervenção estatal na economia, o desenvolvimento econômico, a proteção de bens e serviços, e a cadeia produtiva do mercado, desde a produção até o consumo, atribuindo-se ao Penal e ao Administrativo, inclusive, o poder sancionador nesse âmbito econômico.

Não há dúvida quanto à relevância dessa tarefa. A análise dos possíveis cartéis deve ser feita mediante uma atuação firme das autoridades, e com instrumentos adequados e efetivos à disposição delas para investigar e punir tais práticas contra a ordem econômica.

Os cartéis podem ser acordos *hardcore*, que são os cartéis clássicos, onde o arranjo feito entre os agentes é manifestamente anticoncorrencial, e um ilícito *per se*. Nele, os instrumentos elaborados para alcançar seus objetivos, como a fixação de preços e condições de venda, divisão de mercados, e fechamento do mercado, são permanentes. Acontece quando se fala de reuniões periódicas, manuais de comportamento, etc.

Por outro lado, existem acordos entre empresas – na sua maioria, acordos horizontais, que ocorrem entre *players* que atuam num mesmo mercado relevante – que devem ser analisados pelas autoridades para que se constate sua aceitabilidade ou não pelas regras antitruste. São os chamados cartéis difusos, de caráter eventual, cujas circunstâncias podem ser relevadas para a atribuição de sanções mais brandas aos seus participantes.

Cartéis difusos são também ilícitos por objeto. Um dos fatores que torna necessária, entretanto, uma análise mais pormenorizada dos fatos pela autoridade para sua constatação é o de que, por vezes, alguns acordos horizontais têm uma aparência de conluio, mas não o são. Acontece que o ato de promover ajustes ou acordos entre empresas em si não é um ilícito, desde que seu escopo ou seu resultado não invoquem qualquer abuso do poder econômico. Aliás, é comum e lícita a formação de acordos de cooperação entre agentes, ou mesmo a emergência de

“fenômenos” como as empresas coligadas, as empresas controladoras ou controladas, o grupo de sociedades, as empresas consorciadas ou, ainda, as chamadas *joint ventures*.¹³⁰

Em um primeiro momento, essas associações em geral são legítimas se seus fins também o são, a exemplo das que objetivam maior eficiência e vantagens econômicas significativas, compartilhando riscos, *know-how*, inovando no mercado de forma rápida, propiciando resultados econômicos positivos para todas as empresas envolvidas. No entanto, sua formação legítima não as impede de eventualmente serem enquadradas na conduta de cartel, se seus resultados acabarem por lesar a concorrência ou promover o abuso do poder econômico, razão pela qual mesmo elas devem ser apreciadas pelas autoridades competentes.¹³¹

O autor desse tipo de delito de natureza econômica é o homem de negócios,¹³² uma pessoa respeitada e com alto status social, que comete um crime no âmbito profissional por violação de confiança,¹³³ característica esta que também está presente nos crimes de colarinho branco, e que torna complexa sua detecção e investigação.

Pelo lado do direito processual penal e seus comandos, procura-se estabelecer métodos de apuração da verdade material quanto à existência do fato típico e a atribuição de sua autoria, além de critérios que permitam a aplicação de uma sanção justa e razoável em relação à conduta cometida.¹³⁴ Nessa análise, as cortes criminais baseiam suas decisões a partir predominantemente de evidências diretas, enquanto as cortes administrativas são mais predispostas a aceitar evidências econômicas.¹³⁵ Assim, o padrão de prova seria menor no âmbito administrativo sancionador que na esfera penal. De fato, o CADE admite que a dimensão de responsabilidade atrelada aos âmbitos jurídicos penal, cível e administrativo acaba por dar tratamentos distintos à prova em cada um daqueles.

Ainda assim, a verdade buscada pelo tribunal administrativo referido aproxima-se cada vez mais daquela investigada no âmbito penal, mas falha em sua eficácia. Com efeito, o Judiciário tornou-se um grau recursal vulgarmente utilizado para os inconformados com as

¹³⁰ MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 162-163.

¹³¹ Ibidem, p. 162-164.

¹³² SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-Collar Criminality. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, fev, 1940. p. 1-12. Disponível em: <cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

¹³³ COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

¹³⁴ MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 26-28.

¹³⁵ CONSIDERA e DUARTE, apud PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Cartéis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

decisões exaradas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, desmerecendo o poder decisório deste.¹³⁶ Essa conclusão é consequência natural dos padrões distintos de suficiência de prova para uma condenação no Direito Administrativo Sancionador e no Direito Penal (Econômico, no caso).

Cabe esclarecer que o estudo caminhará sempre nesse sentido, focando o Direito Administrativo Sancionador como âmbito de punição aos carteis, mas preenchendo, com parcimônia, as lacunas daquele com normas e discussões quanto à valoração das provas na seara penal econômica. Não se considerou relevante, para fins deste, aprofundar mais as distinções de standard probatório entre ambas as esferas do poder punitivo; entende-se que o rigor da prova no direito penal é superior àquele no direito antitruste; que o standard probatório menor deste confere tratamentos diferentes à prova nas esferas penal, cível e administrativa; e que, apesar dessas diferenças, o direito antitruste tem procurado aproximar-se cada vez mais daquela verdade investigada na esfera penal, e dos critérios desta para aplicação de uma sanção justa e razoável aos agentes infratores.

Em consonância com tais objetivos, a valoração probatória tornou-se mais técnica, científica, e as regras de valoração do sistema probatório devem ser estabelecidas pelo legislador a fim de que não se cometam juízos por íntima convicção.¹³⁷ Para tanto,

“deve atender-se a que os homens, não tendo a mesma natureza física nem o mesmo temperamento, são despertados por diversas impressões e sentimentos, que com mais ou menos facilidade se convencem a determinarem-se por uns ou outros fatos e a convencerem-se de uma ou outra circunstância. Aquilo que para uns é claro, para outros é incompreensível, e o que a uns parece justo, parece a outros injusto. Daí a necessidade de ser prescrito pela lei o maior número de regras para a investigação da verdade por meio das provas, para se tirar aos juizes, quanto se possa, a possibilidade de errarem e de proferirem decisões menos justas”.¹³⁸

É interessante mencionar a observação que o princípio do livre convencimento não diz respeito ao processo norteado por regras lógicas e jurídicas, mas ao resultado, ao convencimento do juiz. Isto é, a liberdade aqui referida não se aplica ao modo de convencer-se, motivo pelo qual a formação do convencimento depende sim de regras determinadas, inclusive no que se refere à utilização dos meios de prova. Do contrário, a aplicação daquele princípio

¹³⁶ PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

¹³⁷ A revolução industrial traz transformações sociais que alteraram o sistema legal de provas. Surge o sistema da íntima convicção do juiz, o qual apreciaria livremente o caso e o julgaria a partir de sua íntima convicção, sem que esta precisasse ser fundamentada.

¹³⁸ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 37.

representaria a concessão de poder ilimitado ao juiz para determinar a “verdade” no processo, com resultados possivelmente desastrosos.¹³⁹

Assim, na busca pelo equilíbrio entre a manutenção da segurança e a defesa das liberdades, destaca-se que é indispensável preservar a proteção dos inocentes, ou distinguir estes dos culpados.¹⁴⁰ Isto é, o livre convencimento do julgador – tido como a regra dell’*oltre ragionevole dubbio* – deve se alçar em “critérios jurídicos e objetivos na valoração da prova, e a sociedade democrática, sustentada na moral e nos princípios constitucionais, não pode abandonar esses critérios”.¹⁴¹ E é essa análise dos critérios de valoração da prova que será feita a seguir.

3. A valoração como interpretação da realidade manifestada nas provas (linguagem)

A valoração é a última fase do procedimento probatório. É bem verdade que o valor probatório relaciona-se com o nível de convencimento das provas que a autoridade competente deve ver satisfeito para comprovar uma infração anticoncorrencial. Aqui o juiz deverá convencer-se, por meio daquela, da verdade processual. Logo em seguida, “[o juiz] redige a decisão apontando os elementos dos autos mais determinantes para o resultado, cumprindo assim o dever de motivação”.¹⁴²

O processo probatório conduz à transformação do “caos de sensações que advém das partes envolvidas em um processo, aproximando-se o mais possível de uma certeza impugnável”.¹⁴³ A prova seria um fenômeno, a representação da realidade, não a realidade em si. É uma tentativa de se atingir o fato, sendo este sempre inatingível. A realidade difere-se da linguagem.

É ainda um ato de comunicação, entre um conjunto de informações postas à análise e aquele que as analisa. Nesse sentido, a aproximação entre a realidade e a linguagem ocorre com

¹³⁹ ROSITO, Francisco. Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46.

¹⁴⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 90.

¹⁴¹ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013, p. 90.

¹⁴² PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Cartéis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012, p. 341–353.

¹⁴³ ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In: Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 223-244.

a interpretação, isto é, a realidade manifestará a si mesma pela linguagem, mas somente poderá ser acessada por meio da interpretação.¹⁴⁴

Dellepiane aplica à prova um método reconstrutivo, que utiliza elementos lógicos para comprovar fatos a partir da observação de “coisas, fatos ou seres do passado”.¹⁴⁵ Para ele, a prova é o próprio “método de investigação ou determinação dos fatos”.¹⁴⁶

Essa técnica coaduna-se com os estudos de alguns autores sobre a prova penal, de acordo com os quais o juiz decide-se com base em um silogismo, isto é, valora o fato histórico, premissa menor reconstruída por meio da prova, verificando se ele se adequa ou não à premissa maior, a norma penal incriminadora.¹⁴⁷

A prova, por si mesma, não comprova nada. Prevalece, aqui, o princípio da relatividade das provas.¹⁴⁸ E é por isso que tem tanta importância o sujeito que as interpreta, que as valora. Da mesma forma, o valor probatório é obtido a partir de um processo de interpretação, que deve ser alçado por regras, a fim de que as provas não sejam interpretadas com sentido diverso daquele com o qual elas foram produzidas, uma vez que um feitiço nesse sentido seria uma utilização das provas, e não sua interpretação.¹⁴⁹

A interpretação das provas sempre partirá, é claro, do texto literal da lei e da Constituição Federal. Aqui se começa uma interpretação mínima. Entretanto, as leis que dispõem sobre os cartéis fornecem poucos elementos objetivos para a valoração da prova. Assim, por vezes ela é avaliada de forma diversa dependendo do órgão que a julga. Trata-se de um erro. Ainda que a interpretação da prova caiba ao julgador, resta óbvio que “nem tudo é atribuição de sentido e valor, nem todas as interpretações são aceitáveis”.¹⁵⁰ Bem por isso surgem indagações quanto ao valor adequado dado a algumas provas trazidas em investigações de possíveis cartéis, quais sejam, a prova testemunhal e as provas direta e indireta (inclusive no que concerne à sua insuficiência e consequente análise em conjunto das provas), e a prova do

¹⁴⁴ Ibidem, p. 228-229.

¹⁴⁵ DELLEPIANE, Antonio. Nova Teoria da Prova. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004, p. 45.

¹⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁴⁷ TONINI, Paolo apud LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 6-7.

¹⁴⁸ MORAIS, Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 20.

¹⁴⁹ ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In: Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 231.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 235.

paralelismo de condutas (na medida em que é insuficiente, analisa-se a aplicação do paralelismo *plus* e a validade das provas indiciárias como elemento *plus* desta teoria).

A própria jurisprudência do CADE indica que a constatação do cartel exige a comprovação da materialidade da conduta. Trata-se de uma conduta por objeto, que demanda um padrão de prova específico.¹⁵¹ Para atingir esse padrão e formar seu convencimento, por sua vez, as autoridades brasileiras antitruste não encontram limites quanto às fontes de prova utilizáveis, ressalvadas as provas ilícitas.¹⁵² Ora, para demonstrar a existência de acordos colusivos, a literatura entende que se deve avaliar todas as provas disponíveis, tanto as provas diretas quanto as provas indiretas, justamente por conta da vantagem estratégica dos membros do cartel em relação à autoridade antitruste, “sob pena de solapar a efetividade e o correlato efeito dissuasório das investigações”.¹⁵³

As provas diretas são obtidas sem o auxílio de nenhum fato externo, ou por meio do conhecimento próprio da consciência, ou com o subsídio dos sentidos.¹⁵⁴ De acordo com a Superintendência-Geral do CADE,¹⁵⁵ elas podem ser documentos que comprovem a existência de acordo material entre agentes econômicos.

É comum que os participantes do cartel dissimulem a existência de provas diretas do conluio, justamente para impedir o trabalho das autoridades antitruste, as quais, sabendo disso, tendem a assumir provas indiretas, visto que estas constituem meios importantes para se demonstrar a existência de um acordo ilícito entre agentes.¹⁵⁶ Menciona-se, inclusive, que as provas diretas podem ser apenas fragmentos ou documentos esparsos, o que evidencia a necessidade de aplicar a interpretação também a elas a fim de que se obtenham provas do cartel.

O uso da prova indireta, por sua vez, é inclusive feito pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, responsável pela persecução criminal do cartel na sua jurisdição. Diz ele que quase sempre é necessário inferir os conluios a partir do comportamento dos agentes envolvidos na conspiração, obtendo-se provas indiretas suficientes para demonstrar o arranjo de intenções

¹⁵¹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, Conselheira Ana Frazão. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. p. 6. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hjzwNSL-4pSZBnK0q70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTdDK0dZQ,> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 248-262 (no documento eletrônico).

¹⁵² GILBERTO, André Marques. O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010, p. 165.

¹⁵³ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n.º 190/SG. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55, p. 17. 16 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAI0_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015.

¹⁵⁴ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 90.

¹⁵⁵ Op. cit., loc. cit.

¹⁵⁶ Ibidem.

antitruste. Assim, uma de suas decisões sugere que deve ser aceita a inferência de acordos colusivos a partir de provas indiretas que indiquem a alta probabilidade de que a conduta investigada resultou de uma ação concertada.¹⁵⁷

A prova indireta exige um maior trabalho a fim de se chegar à verdade, ao menos, aparente. A SG/CADE menciona como exemplos de prova indireta, inferências lógicas, análises econômicas, e deduções, feitas a partir de fatos e indícios, os quais comprovam a conduta anticoncorrencial quando não há nenhuma outra explicação plausível para o comportamento dos acusados.¹⁵⁸

A ProCADE segue o mesmo raciocínio, afirmando que o indício permite, a partir dele, a indução ou dedução de uma conduta infrativa, tendo seu valor probatório aumentado quando seu teor é confirmado por meio de outras provas juntadas aos autos do processo. Dessa forma, os indícios deverão ser investigados à luz de critérios igualdade e proporcionalidade, baseados na regra da razão, a fim de se concluir se houve ou não ofensa aos bens jurídicos protegidos pela norma.¹⁵⁹

Nesse sentido, segue o raciocínio afirmando que é possível a condenação de carteis a partir de provas indiretas, mencionando alguns casos na jurisprudência dos Estados Unidos e da Comissão Europeia como referencial. Até porque mesmo as provas indiretas são diretas no que tange ao que for imediatamente provado – uma efetiva comunicação por e-mail entre concorrentes sobre produtos de certo mercado relevante, por exemplo – e indiretas em relação ao que não for imediatamente comprovado – que a comunicação ocorreu no âmbito de um conluio entre aqueles agentes.

Os métodos interpretativos para sua obtenção são, por sua vez, a dedução e a indução, os quais dirão se da prova obtém-se o fato probatório por meio de explicações (dedução) ou como evidência empírica (indução).¹⁶⁰

O fundamento da dedução é a verdade absoluta; a dedução ocorre quando, a partir do conhecido, de ideias primárias e princípios supremos de que temos conhecimento, caminha-se de raciocínio em raciocínio para compreender o desconhecido, ou para, com probabilidade,

¹⁵⁷ KOVACIC, W.E.; MARSHALL, R.C.; MARX, L.M.; WHITE, H.L. apud CADE, op. cit., p. 18.

¹⁵⁸ CADE, op. cit., loc. cit.

¹⁵⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

¹⁶⁰ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 91 (nota de rodapé).

“julgar deduzir o desconhecido dos conhecidos”.¹⁶¹ O método indutivo, por sua vez, permite julgar “prováveis os fatos desconhecidos pela existência dos conhecidos”.¹⁶² Assim, a indução funda-se em uma verdade hipotética. A isto, ao resultado do processo lógico quanto à existência do fato foi atribuído o nome jurídico de presunções,¹⁶³ constituindo modalidade de prova indireta juntamente com os indícios.

4. A frágil força probatória dos indícios

Como já visto anteriormente, ambos os tipos de cartel – *hardcore* ou difusos – são ilícitos pelo objeto, não se analisando, em um primeiro momento, seus efeitos positivos. Raramente, no entanto, as autoridades dispõem já de provas para a simples constatação da formação de cartel; o que lhe está disponível normalmente são indícios da existência do conluio.

Essa discussão provoca um standard probatório diverso entre a prova de um fato e o indício da ocorrência de um fato. A prova de um fato requer a análise de um conjunto probatório muito mais robusto de premissas em comparação ao requerido para que se considere existente um indício de que o fato ocorreu.

Os indícios são, pois, circunstâncias que auxiliam na investigação de um fato. Conforme o disposto no artigo 239 do Código de Processo Penal, indício é “a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. No entanto, cabe pontuar que o indício é uma prova de difícil valoração; para conferir-lhe, pois, a qualidade de prova plena, é necessária a aplicação do máximo rigor crítico.¹⁶⁴ Tal como referenciado no processo penal, para o indício a prova será uma indução que o juiz faz a fim de se convencer da existência do fato histórico e das circunstâncias em que este ocorreu.¹⁶⁵ Nesse sentido, a prova indiciária é

“uma prova de puro raciocínio, é ela aceita no direito quando, não podendo ser a verdade diretamente constatada pelo juiz, vê-se ele na contingência de estabelecer uma relação de causa e efeito entre certos fatos conhecidos e o fato contestado”.¹⁶⁶

¹⁶¹ Ibidem, p. 92.

¹⁶² Ibidem, loc. cit.

¹⁶³ MARQUES, José Frederico apud MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 178.

¹⁶⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 272.

¹⁶⁵ TONINI, Paulo apud LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

¹⁶⁶ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 59-60.

Esse referido gênero de prova – indício – foi adotado pelo processo civil brasileiro, o qual lhe dá inferior valor se comparado às outras provas. Ela pressupõe o exercício da razão na investigação da existência dos fatos. Procura-se, a partir do conhecido, isto é, de regras de experiência ou normas científicas,¹⁶⁷ firmar um fato desconhecido.¹⁶⁸ A presunção, ao contrário de outras provas, não gera uma verdade ou uma certeza, mas a dúvida.¹⁶⁹ Assim, não basta uma só presunção, mas sim um conjunto suficiente delas para que o julgador firme seu entendimento.

Logo, a fim de que possam fundamentar uma decisão, as provas indiciárias devem ser coerentes entre si e convergentes para um ponto comum, qual seja, o fato que elas pretendem demonstrar¹⁷⁰. Estabelece-se que elas devam ser graves, precisas e concordantes¹⁷¹. Nesse sentido, os juízes têm apreciado as presunções por meio dos precedentes, acolhendo aquelas que são graves e deixadas ao seu arbítrio e prudência.¹⁷²

Entretanto, José Frederico Marques pontua que os indícios por si só não são meios de prova¹⁷³. Puglia, por sua vez, observa que não prospera a crítica de outros autores no que se refere ao valor probatório da prova indiciária, uma vez que esperam algo desta que na realidade é impossível de se obter na maioria dos casos: a prova verdadeira e legítima. Até porque não existe hierarquia entre as provas penais. Nesse sentido, o valor da prova indiciária seria inquestionável “sempre que inexistirem outros meios de se provar a infração e a autoria”.¹⁷⁴ Assim, resta claro que os documentos fragmentados, esparsos, as declarações, têm sim um papel decisivo nas investigações de cartéis, uma vez que em geral serão os únicos elementos de que disporão as autoridades para constatar a existência das condutas criminosas.

Constata-se, pois, o poder daqueles para a instauração de um processo. Da mesma forma em que, na prova de uma infração pelo seu objeto, os argumentos que o façam excluir, como

¹⁶⁷ LIMA, op. cit., p. 167.

¹⁶⁸ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 579.

¹⁶⁹ Ressalte-se que aqui não entram as presunções legais, como diz Vicente Greco Filho: “o objeto de prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes e não submetidos à presunção legal”. FILHO, Vicente Greco apud LIMA, op. cit., p. 7.

¹⁷⁰ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 181.

¹⁷¹ FASSONI, Elvio. L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015; NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas. Atualização ortográfica da 2ª ed., editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000, p. 590.

¹⁷² CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 17.

¹⁷³ MARQUES, José Frederico apud MORAIS, LOPES, op. cit., p. 178.

¹⁷⁴ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 179.

pouco plausíveis, outras explicações racionais que tenham sido suscitadas para negar a hipótese de ilícito concorrencial,

“a constatação de indício no mesmo sentido requer somente que esta seja uma hipótese racionalizável, vale dizer, que a atribuição ao agente da intenção anticompetitiva não pressuponha, da parte dele, um comportamento economicamente irracional. A eliminação das explicações alternativas para a motivação econômica subjacente a uma conduta prova que a conduta tem por objeto o efeito que a lei considera lesivo ao interesse público e é necessária para a condenação de alguém por infração à ordem econômica; por outro lado, o caráter racionalizável da explicação que lhe atribui a motivação anticompetitiva assegura o indício da existência da infração 'em razão do objeto' e – junto com os indícios de poder de mercado, é condição suficiente para a instauração do processo.

[...]

Para se provar que a conduta é uma infração, porém, o que se exige juridicamente da autoridade é que a inferência a suportar a decisão condenatória conduza, racionalmente, a uma conclusão que satisfaz o standard de prova aplicável ao caso. Para ficarmos no mesmo exemplo, a exigência é que o juízo condenatório se apresente como a conclusão de uma inferência em que o nexo causal entre conduta e aumento significativo no risco de produção do efeito lesivo seja constatado com um grau de certeza correspondente ao standard de prova”.¹⁷⁵

No entanto, existe atualmente uma grande aceitação dos juízes quanto aos indícios como prova artificial completa e plena que justifique também a condenação, caso haja uma convergência daqueles. Não existindo valor fixo para os indícios, no entanto, cabe ao juiz apreciá-los no caso concreto, o que pode ser visto como um perigo, essa liberdade de ampla ação apreciatória do juiz.¹⁷⁶

Os indícios, os quais constituem prova artificial ou circunstancial, além de prova indireta, têm sido usados nesse sentido, para excluir qualquer hipótese favorável ao réu. Observa-se em algumas decisões do século passado que já existia um posicionamento favorável ao uso dos indícios como prova suficiente para autorizar a condenação. Diz-se que, quando concludentes e em recíproco apoio à exclusão de todas as hipóteses favoráveis ao réu, os indícios são base suficiente para sustentar uma condenação em desfavor deste.¹⁷⁷

É esse o entendimento do STF, cuja jurisprudência consolida a constatação de que os indícios são, com as necessárias ressalvas,¹⁷⁸ meios de provas, sendo sim suficientes para a

¹⁷⁵ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015, p. 15-16.

¹⁷⁶ MITTERMAYER apud CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 60.

¹⁷⁷ CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários. 1984, p. 59.

¹⁷⁸ Quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014. Nesse sentido, cita-se trecho da ementa da Ação Penal n.º 481, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli: “Fraude

elucidação dos fatos,¹⁷⁹ e podendo inclusive servir de fundamentação para a condenação,¹⁸⁰ caso sejam suficientes para a formação da livre convicção do julgador, e desde que não sejam um indício-suspeita – *notitia criminis* – ou uma prova colhida somente em procedimento não submetido ao contraditório.¹⁸¹ Nesse sentido, afirmam seus Ministros que os indícios, admitidos no sistema de articulação de provas (art. 239 do CPP), “valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento”,¹⁸² tendo “força condenatória, pois, coerente e logicamente, indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante”.¹⁸³ No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 759292/RS, parte da doutrina é citada para se falar que, da mesma forma que o ser humano não consegue chegar à verdade senão por argumentos probatórios indiretos, na esfera criminal os indícios não podem ser ignorados, para evidenciar pontos como o nexo de

eleitoral que tem sido comumente praticada em nosso País, cometida, quase sempre, de forma engenhosa, sub-reptícia, sutil, velada, com um quase nada de risco. O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade, e com sério e grave comprometimento do processo eleitoral. Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente.” Cf. AP 481, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08 de setembro de 2011, Acórdão Eletrônico: Dje-127. Divulgado em 28 de junho de 2012. Publicado em 29 de junho de 2012.

¹⁷⁹ Cf. HC 97781, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26 de novembro de 2013, Acórdão Eletrônico: DJe-051 Divulgado em 14 de abril de 2014. Publicado em 17 de abril de 2014.

¹⁸⁰ Nesse sentido, destaca-se trecho de acórdão do Ministro Luiz Fux: “Devo anotar que, na seara do Direito Processual Penal, o princípio do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*. Esta Turma já admitiu a legalidade de condenação lastreada em prova indiciária, em acórdão assim ementado: CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios. (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336)” Cf. HC 111294 MC, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 27 de março de 2012, Processo Eletrônico: DJe-065, Divulgado em 29 de março de 2012, Publicado em 30 de março de 2012. Julgou-se nesse mesmo sentido no HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08 de maio de 2012. Acórdão Eletrônico: Dje-100. Divulgado em 22 de maio de 2012. Publicado em 23 de maio de 2012.

¹⁸¹ “Como bem salientou o Eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa em voto proferido no HC 83.348/SP: (...) Deveras, ‘Como indícios deve ser entendido o resultado de uma operação lógica levada a efeito pelo órgão julgador, que parte de um fato provado (e com observância do contraditório), e a partir dele retira uma conclusão lógica’, sendo que ‘os indícios a que se refere o artigo 239 do CPP podem e devem servir de fundamento para condenação, desde que suficientes para a formação da livre convicção do órgão julgador, o que não se aplica ao ‘indício-suspeita’ e tampouco àquela prova colhida no âmbito exclusivo de procedimento administrativo não submetido ao contraditório, de que é exemplo o inquérito policial’ (SOUZA, Sérgio Ricardo e SILVA, Willian. Manual de Processo Penal Constitucional: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 480). O próprio CPP (art. 239) e a jurisprudência da Suprema Corte admitem, com as necessárias ressalvas, os indícios como meio de prova. Cf. ARE 757876/ES - ESPÍRITO SANTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgado em 01 de agosto de 2013. Processo Eletrônico: DJe-150, Divulgado em 02 de agosto de 2013, Publicado em 05 de agosto de 2013.

¹⁸² Cf. AI 759292/RS – Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 29 de junho de 2009, Acórdão Eletrônico em Dje-144. Divulgado em 31 de julho de 2009. Publicado em 03 de agosto de 2009.

¹⁸³ *Ibidem*.

causalidade, uma vez que os criminosos, com inteligência, prudência e cautela, têm dificultado cada vez mais o acesso das autoridades à prova direta.¹⁸⁴

Apesar do seu uso legitimado inclusive pelo STF, resta clara também a falibilidade dos indícios como lastro condenatório, com todas as suas ressalvas e “poréns”. Assim, caso sejam considerados insuficientes por si só para embasar uma condenação, e em não sendo a verdade possível de ser constatada pelo juiz, serão um elemento a mais importante para se deduzir a existência de fatos desconhecidos, eliminando, no caso da criminalidade econômica, qualquer explicação econômico-racional para os fatos investigados dentro de uma conduta paralela entre agentes ou pessoas, encaixando-se, aqui, à teoria do paralelismo *plus* que será então abordada, para preencher esta provável insuficiência daqueles para a condenação dos carteis.

Também pelo método indutivo, pode-se chegar às regras de experiência – ou máximas de experiência –, pelas quais conexões entre acontecimentos vividos no passado constituem uma base vivencial que será aplicada a casos posteriores. A ideia básica aqui é a de que, “sob determinadas condições, se repetem como consequência os mesmos fenômenos”.¹⁸⁵ No mesmo sentido, diz-se que “a casos similares corresponde um idêntico comportamento humano”.¹⁸⁶ Nota-se nas referidas máximas, enquanto proposições abstratas, um alto grau de probabilidade, o qual se vincula ao número e rigor de observações referentes aos casos observados.¹⁸⁷ Não é regra jurídica, quanto menos um fato; trata-se de regra geral e abstrata que vincula fatos e normas jurídicas,¹⁸⁸ e que “servem para determinar a probabilidade da existência ou inexistência do fato *probando*”.¹⁸⁹

As máximas da experiência servem para mediar o processo indutivo de busca consensual da verdade, que se dá no processo. Este consenso, por sua vez, origina-se do

“mecanismo inferencial que permite a extensão do saber de uma forma não empírica. E a fórmula de extensão desse saber por uma via indutiva é, notadamente, do particular ao geral por meio da mediação de um universal. Este universal recebe o nome de máxima ou regra de experiência, e é constituído de uma série de leis científicas ou empíricas. [...] o universal deve ser individuado também a propósito da prova histórica, representativa ou direta. E o consenso deve se formar com base na regra adotada para enunciar um juízo de credibilidade, que permita passar da preposição

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ MORAIS, Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. *Da Prova Penal – Teoria e Prática*. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 188.

¹⁸⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *A Prova Penal*. Rio de Janeiro: Ed+itora Lumen Juris, 2002, p. 169.

¹⁸⁷ ROSITO, Francisco. *Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 79.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 85.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 87.

enunciada pelo declarante ao resultado de prova, isto é, à afirmação da verdade em tal proposição”.¹⁹⁰

Ora, as máximas auxiliam o juiz na estruturação dos indícios e fatos para que ele chegue a resultados de prova, e, por conseguinte, a uma decisão. Sabendo-se, no entanto, que essas regras de experiência existem no inconsciente do magistrado, adverte-se do fato de que podem não se desvincular das convicções íntimas ou da cultura em que aquele se encontra inserido. Bem por isso, indica-se que aquele consenso universal aplicado à valoração não pode basear-se em “regras de experiência subjetivas ou equívocas, ou ainda, frutos de culturas particulares e circunscritas” [tradução livre].¹⁹¹

Resta advertir dos riscos da aplicação das máximas da experiência. Ora, o sistema probatório abarca dois mecanismos, uma maquinaria processual das convicções e uma maquinaria processual das expectativas; ainda que em regra só o primeiro deva ser considerado para fins de valoração, acredita-se que este acaba por contagiar aquele.¹⁹² Enquanto as convicções são contaminadas por evidências vindas de dentro do campo jurídico, as expectativas ocorrem a partir de movimentos de evidência vindos de fora da fronteira jurídica.

A expectativa, pois, parte do real e estima este como campo de experiência, selecionando aquilo que se pode presumir como expectável e compreendendo, além disso, a vontade de preenchimento dessa expectativa,¹⁹³ o que pode resultar na parcialidade do juiz ao valorar a prova, e acabar por contaminar seu convencimento.

Não obstante essas considerações, tais máximas são muito utilizadas no campo da prova indiciária. A exemplo da leniência. Num acordo destes, é usual que sejam juntados aos autos pautas de reuniões, e-mails esparsos, documentos referentes a licitações. Nada um destes, por si só, constata a existência do cartel ou sequer sua autoria. Acontece que a autoridade antitruste

¹⁹⁰ Tradução livre da seguinte assertiva: “*mecanismo inferenziale che permette l'estensione del sapere in forma non empirica. E la formula di estensione del sapere in via indutiva è, com'è noto, dal particolare al generale attraverso la mediazione di un universale. Questo universale prende il nome di massima d'esperienza o regola, ed è costituito da una sorta di legge scitencificia o empirica. [...] l'universale deve essere individuato anche a proposito della prova storica, rappresentativa, o diretta. Ed il consenso deve formarsi sulla regola adottata per enunciare un giudizio di credibilità, che permetta di passare dalla preposizione enunciata dal dichiarante al risultato di prova, e cioè all'asserzione della verità di tale proposizione*”. FASSONI, Elvio. *L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova*. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi*. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹⁹¹ FASSONI, Elvio. *L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova*. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi*. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989, p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

¹⁹² MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 51.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 54-55.

observa ao longo de seus anos de atuação, em muitos casos, uma ligação peculiar entre a conduta, os autores, e o *modus operandi* do cartel, de modo que o conteúdo dos documentos seguem alguns padrões já observados em condutas cartelizadas anteriores, o que pode, a partir da análise lógica das provas e da aplicação das máximas de experiência, demonstrar a grande probabilidade de que tenha ocorrido o conluio entre agentes.

Ademais, as máximas de experiência também fazem as autoridades confiarem na veracidade das declarações prestadas por testemunhas, não porque sempre se encaixam na realidade, mas por se considerar mais prováveis sua sinceridade e veracidade do que o ânimo daquelas de enganarem o juiz. Acontece que essas máximas somente serão aplicadas quando as testemunhas não tiverem interesse no deslinde do processo, o que normalmente não é o que ocorre.¹⁹⁴

Ora, as investigações das condutas aqui em foco – cartéis – iniciam-se por vezes com uma denúncia. É o que ocorreu no âmbito do CADE, com o Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79, conhecido também como Cartel do Cimento. Sabe-se, ademais, que a Administração Pública pode obter fontes de prova por meio de monitoramento de mercados, obtenção de informações por terceiros, e a obtenção de informações por parte das empresas e pessoas físicas envolvidas no conluio.¹⁹⁵ Essas declarações de terceiros, em especial, de testemunhas, juntamente com as denúncias referidas acima, no entanto, têm um valor probatório limitado segundo as autoridades antitrustes.

No cartel referido acima, a ex-Conselheira Ana Frazão, em seu voto vogal, diz que o depoimento do próprio denunciante é interessado e comprometido, contendo valor suficiente para iniciar uma investigação, mas não para formar o convencimento do juiz acerca da condenação de uma pessoa natural – no caso em questão –, ou sequer para reforçar o conjunto indiciário presente nos autos do processo. Isto porque os requerimentos e representações que provocam a instauração de um processo são formulados por terceiros que comumente têm interesses diretos no processo, jurídicos ou econômicos.¹⁹⁶

O Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, em seu voto vogal no mesmo processo, afirma que o depoimento do denunciante deve ser valorado no conjunto probatório, por possuir

¹⁹⁴ ECHANDÍA, Devis apud VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 261.

¹⁹⁵ NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 147.

¹⁹⁶ GILBERTO, André Marques. O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177.

conexão lógica com os outros meios de prova obtidos na fase instrutória.¹⁹⁷ Em seguida, afirma que há sim a presunção, como já dito acima, de que denunciante e testemunhas falaram a verdade em suas declarações, sob pena de responsabilização pessoal. Confere às partes, pois, o ônus de provar que o denunciante faltou com a verdade ou mesmo especificar qual era o interesse deste em distorcer os fatos narrados.

Diz ainda que o vínculo – pretérito ou presente – do denunciante ou da testemunha com as Representadas não invalida os depoimentos prestados; na verdade, é justamente esse vínculo que conferiria confiabilidade aos depoimentos, e não parcialidade. No caso em questão, a participação desses cidadãos no mercado de cimento e concreto os qualificava para esclarecer os fatos investigados.

Ora, a prova testemunhal é muito frequente no processo penal e no processo administrativo sancionador, e tem por dever esclarecer questões quanto aos fatos ligados ao processo. A sua força probatória é dada pelo juiz, após analisar cuidadosamente a individualidade do testemunho, comparar suas características particulares “sob aspectos físicos e morais com seu continente e suas palavras perante a justiça”.¹⁹⁸

Até mesmo os impedidos e suspeitos podem testemunhar; aqui, seus depoimentos são tomados sem a exigência de se falar a verdade e, por isso, a autoridade tem a liberdade de atribuir ao depoimento o valor que bem entender.¹⁹⁹ Consequentemente, a decisão não pode ser motivada com base unicamente nas afirmações obtidas pela prova testemunhal.

Bem por isso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores deixa transparecer um entendimento pacificado quanto ao que parece ser a única regra atual objetiva no que se refere à valoração probatória dos testemunhos suspeitos, dos indícios, ou mesmo da chamada de corrêu, no sentido de que suas declarações sempre serão analisadas juntamente com todo o conjunto probatório nos autos.

¹⁹⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfDsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmxMED4ZKNXYTOvLTQ> Acessado em 13 de junho de 2015, p. 77-78 (do documento eletrônico).

¹⁹⁸ Tradução livre de trecho do MITTERMAYER apud VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 269.

¹⁹⁹ GILBERTO, André Marques. O Processo Antitruste Sancionador – Aspectos Processuais na Repressão das Infrações à Concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 177-178.

A doutrina também louva tal regra, inclusive no âmbito do processo penal, no qual autores repetem que as provas penais têm valor relativo, e devem ser analisadas conjuntamente para formar a convicção do juiz.²⁰⁰

Em um estudo sobre a prova judiciária à luz do novo Direito Probatório, cita-se uma peculiar analogia entre interpretação musical e interpretação jurídica. Foi observado que a melodia de uma composição musical representa um todo único, e não uma soma de suas notas musicais. O referido raciocínio foi então aplicado à decisão judicial, concluindo-se em seguida que os fatos devem ser vistos como um todo, e não como a soma das provas contidas nos autos.²⁰¹

Por todo o exposto, entende-se pela evidente fragilidade da prova indiciária, por conta da falta de elementos objetivos na legislação para promover sua valoração, e da consequente e perigosa liberdade ampla de apreciação daquelas pelo juiz. Isto porque mesmo um processo de interpretação não pode ser carente de critérios claros. A análise de todo um conjunto probatório de indícios com “prudência e cautela” ainda assim deixa o processo valorativo à mercê de um magistrado vinculado a convicções íntimas ou regras de experiências criticáveis, pois são permeadas não só de convicções do juiz, mas também de expectativas, que compreendem, ademais, a própria vontade de preenchimento desta expectativa, e termina por contaminar o convencimento.

A regra referida, de análise em conjunto das provas obtidas, é ao menos um mínimo constrangimento do convencimento do juiz, juntamente com a obrigatoriedade de justificação da decisão e o próprio exercício da motivação, teoricamente entendidos como controle *a posteriori*.²⁰²

Um conjunto de fatos, no entanto, mesmo após uma profunda análise, pode indicar tão somente um paralelismo de condutas,²⁰³ um comportamento semelhante entre agentes, onde normalmente um agente com maior poder de mercado toma uma decisão, por exemplo, aumenta

²⁰⁰ MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda., 1978, p. 52.

²⁰¹ FRANK, Jerome. Say it with music. 1947-8, p. 927, apud KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 13.

²⁰² MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 16.

²⁰³ Nesse sentido, cita-se a Averiguação Preliminar nº 08012.010626/2010-87 e o Processo Administrativo nº 08012.001119/2000-91; este restou arquivado pela falta de provas diretas ou inferências que indicassem que o paralelismo comportamental observado decorreu de acordo entre os agentes investigados; além da Averiguação Preliminar nº 08012.012116/1999-50, arquivada pela impossibilidade de confirmação dos indícios de um suposto cartel no mercado de revenda de combustíveis, por motivos tais como o esgotamento de todos os meios ao alcance da SDE para a obtenção de provas.

seus preços, e a fim de se manter a concorrência os outros *players* do mercado o seguem naquela decisão, aumentando também seus preços. Nesse caso, como se verá adiante, será necessário aplicar uma teoria do direito antitruste denominada Teoria do Paralelismo Plus, para que seja possível condenar os agentes do conluio.

5. A eficaz (?) aplicação do Paralelismo Plus

O paralelismo representa um comportamento de concorrentes que agem similarmente um ao outro, que adotam uma mesma política comercial (como preços, condições de venda, financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade dos produtos, etc.).²⁰⁴ Isso decorre da máxima no direito concorrencial de que os agentes econômicos agem racionalmente e egoisticamente, visando o seu lucro.

Essa conduta paralela por si só não tem relevância no âmbito concorrencial, muito menos indica a existência de acordo, pois é fruto da racionalidade econômica individual de cada um dos agentes naquele mercado (como o *price leadership*). Seriam, assim, reações idênticas de agentes econômicos concorrentes quando deparados com um mesmo conjunto de fatos econômicos. Esse fenômeno recebe o nome de paralelismo consciente, e ocorre com maior frequência em um mercado com menor número de agentes.²⁰⁵

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, pois, que é necessário demonstrar o paralelismo **mais** algo, a fim de se indicar uma possível ação concertada entre agentes. Em um mercado com um alto número de *players*, por exemplo, a adoção de comportamentos similares aos dos demais participantes é improvável, pois em grande parte dos casos há um incentivo muito maior em se comportar de forma desviante a dos outros. Nesse sentido, em uma situação dessas, a ocorrência de um paralelismo de conduta é praticamente uma evidência do cartel.

A verificação da licitude de uma conduta dá-se quanto à existência de paralelismo acrescido de evidência de que não há explicação racional para a ação, salvo na presença de um acordo.²⁰⁶ A doutrina do “paralelismo mais” vem justamente para dispor sobre esse elemento adicional que qualifica a conduta como ilícito concorrencial, juntamente com um paralelismo não suficientemente explicável por qualquer teoria racional-econômica.²⁰⁷

²⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 310.

²⁰⁵ FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 347.

²⁰⁶ TURNER apud GICO JUNIOR, op. cit., p. 310-311.

²⁰⁷ GICO JUNIOR, op. cit., p. 315.

Nesse sentido, “não é necessário se provar a existência de um acordo ou de um mecanismo explícito de coordenação de preços para a configuração do ilícito”,²⁰⁸ considerando-a inclusive como o melhor instrumento analítico atual disponível para diferenciar os cartéis do mero paralelismo de condutas. Este estudo não concorda com o posicionamento daquele autor, na medida em que, como se verá a seguir, o paralelismo *plus* não é especificamente um meio de se obter novas provas ou indícios do conluio, mas apenas um outro modo de olhar, um método interpretativo diverso da linguagem das provas, que conta por vezes com um conjunto probatório insuficiente para ser analisado e, em muitas situações, também insuficiente como lastro condenatório.

A primeira vez em que houve uma menção àquela teoria no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu no âmbito do Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48, popularmente chamado de Cartel do Aço, onde se definiu que um aumento simultâneo de preços era uma conduta paralela entre agentes econômicos, não racionalmente explicável a não ser no contexto de um cartel, por conta do elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os representados anteriormente à divulgação dos preços ao público. Segue abaixo sua ementa:

Processo administrativo. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no art. 20, I, c/c art. 21, I, da Lei nº 8.884/94. (...) 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta **sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preço**. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observando o disposto no art. 11 da Lei 9.021, nos valores de R\$ 22.180.000,00, R\$ 16.180.000,00 e R\$ 13.150.000,00, respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação no Estado da Federação, em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usina e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A..²⁰⁹

O CADE vem entendendo alguns fatores como sendo aquele elemento *plus* que daria uma base sólida para a constatação do cartel, tais como os listados a seguir:

a) reuniões entre concorrentes; b) oportunidades de comunicação; c) existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; d) atitudes

²⁰⁸ Ibidem, loc. cit.

²⁰⁹ _____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/94-48. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; e) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada; f) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; g) evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores; h) utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das representadas; i) características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; j) e fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.²¹⁰

No entanto, a aplicação em abstrato dessa lista tem pouco efeito, na medida em que os fatores adicionais só podem ser determinados a partir da especificidade do processo, e devem ser aplicados somente naquela situação em que é constatado. A aplicação das máximas aqui, a fim de indicar que, pela experiência, tal elemento pode ser considerado o *plus* da teoria referida, não deve ser feita; se aplicada, o será com muita cautela, exigindo-se da mesma forma uma análise rigorosa do possível elemento *plus* à luz do contexto do caso.

Nesse sentido, acusa-se a autoridade de aplicar o paralelismo *plus* por vezes de forma mecânica e descuidada, sem um aprofundamento sobre o “valor relativo de cada fator para o caso concreto e nem uma avaliação ponderada do resultado final agregado”.²¹¹

Consequentemente, fica evidente a distorcida aplicação da teoria, uma vez que, se a corte desenvolve uma intuição acerca da existência de cartel, exige menos fatores adicionais ou *plus* (aplicando inclusive as já referidas máximas de experiência, esperando já uma conduta e querendo que essa expectativa seja preenchida); se ela está pendente a acreditar no comportamento unilateral, exige mais fatores para caracterizar a conduta como ilícita. É o que acontece nos processos em que houve a assinatura de uma delação ou leniência, onde o juiz parece aceitar standards de prova mais baixos para constatar o cartel. Essa postura também é criticada por Ivo Teixeira Junior, que argumenta que

“o objetivo da análise dos fatores adicionais deve ser sempre descaracterizar, com um grau de segurança jurídica razoável, a presunção de colusão tácita, uma vez identificadas as condições suficientes para o paralelismo dependente; não pode servir meramente para justificar intuições de aplicadores do Direito acerca da suposta realidade, sejam eles técnicos do SBDC, conselheiros do CADE ou juízes”.²¹²

Questiona-se aqui sobre o uso, na teoria supracitada, das já analisadas provas indiciárias. Ora, diz-se que, quando os elementos adicionais não conseguem comprovar diretamente o cartel, este será verificado a partir das circunstâncias. Acontece que as provas

²¹⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 368-369.

²¹¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 377.

²¹² Ibidem, p. 378.

destas devem ser diretas e inquestionáveis, não sendo possível “utilizar suposições, presunções ou suspeitas de indícios no lugar de provas circunstanciais”.²¹³ Outros autores, no entanto, acreditam que o elemento *plus* pode ser uma prova ou mesmo um indício forte do evento colusivo que ensejou a conduta paralela investigada.²¹⁴

Na linha desse posicionamento favorável às provas indiretas como meios suficientes para se concluir a existência de um cartel, entende-se que aquelas, se observadas isoladamente, podem não convencer a autoridade da existência de um cartel, semelhantemente ao que ocorre com a análise isolada das provas diretas. Apesar disso, a constatação de um ou mais *plus factors* pode promover a condenação dos acusados, pois, em não havendo uma explicação racional para suas condutas, presumir-se-ia a ocorrência de um acordo expresse entre concorrentes.

Assim, da mesma forma que uma alegação razoável de uma explicação racional econômica para o paralelismo de condutas é suficiente para o arquivamento do feito a favor das representadas, a ausência de qualquer dúvida além do razoável quando à ilicitude de tal paralelismo também seria suficiente para a condenação dos agentes, a partir daquela já mencionada presunção de ocorrência do conluio.

Isso ficou claro no caso *American Tobacco Co.*, julgado em 1946 pelo Departamento de Justiça norte-americano (USDOJ), cuja decisão condenou as representadas, apesar de não se ter obtido evidência de trocas de informações – em mensagens ou encontros – ou acordos explícitos entre os agentes.²¹⁵ À época, com base no paralelismo de preços, os indícios foram considerados como “provas” suficientes para embasar a condenação dos investigados.²¹⁶

Acontece que por vezes sequer a aplicação da referida teoria é eficaz para constatar a existência de um suposto cartel. No Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70, por exemplo, investigou-se um suposto cartel no mercado de serviço de transporte aéreo regular na ponte-aerea Rio de Janeiro – São Paulo. Assim, a SEAE analisou quatro elementos que poderiam justificar um aumento de preços sem a presença de acordo (eram eles: coincidência, liderança de preços, reajuste governamental no teto máximo das tarifas em 10%, e aumento de

²¹³ Ibidem, p. 368.

²¹⁴ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 178.

²¹⁵ GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 178.

²¹⁶ Semelhantemente, em 1954, no caso *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp.*, a Suprema Corte constatou que o “paralelismo consciente”, ou seja, o simples comportamento oligopolista dos agentes econômicos, reduzindo a competição, não é condição suficiente por si só para se presumir a existência de conluio entre eles. A partir dessas preocupações, o governo estadunidense passou a aplicar a Teoria dos Jogos de dois modos no combate aos cartéis. Primeiramente, os comportamentos puníveis seriam não só a coordenação dos agentes, mas também todas as condutas que a facilitaram. Ademais, criou-se a política de concessão de imunidade criminal ao primeiro membro do cartel que delatasse sua existência. Cf. Ibidem, p. 68-69.

10% no custo das empresas). Três deles foram descartados. Isto porque não se conseguiu descaracterizar a liderança de preços, visto que o reajuste de tarifa promovido pela TAM foi rapidamente divulgado ao mercado, para companhias aéreas e agências de turismo, o que permitiu que aquelas seguissem o reajuste pouquíssimo tempos depois. Ora, como mostrado no voto do ex-Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade,²¹⁷ o *matching*, configurado pelo acompanhamento das alterações tarifárias pelos concorrentes, é prática comum no setor aéreo, por conta da própria dinâmica do mercado. Além disso, tentou-se considerar como elemento *plus*, no caso, uma reunião ocorrida entre os presidentes das empresas acusadas. Acontece que, ao final da instrução, a SEAE não conseguiu associar a reunião ocorrida com o reajuste nas tarifas promovido pelas Representadas. Consequentemente, determinou-se o arquivamento do processo, pela não configuração do cartel, entendimento seguido pela ex-Conselheira Elizabeth Maria Mercier Querido Farina, apesar de ter restado vencido pela maioria do Conselho.

Situação similar é a do Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73,²¹⁸ onde se concluiu que não havia provas indiretas substantivas que afirmassem, acima de qualquer dúvida razoável, que houve acordo entre as empresas investigadas quanto às variáveis concorrenciais sensíveis naquele caso. Assim, não se falou da impossibilidade de se utilizar provas indiciárias, mas da falta de robustez do conjunto probatório indiciário quanto à simultaneidade das condutas, que impedisse a aplicação de uma explicação racional econômica. O processo foi arquivado, em consonância com os pareceres da SDE, do Ministério Público Federal e da Procuradoria do CADE nos autos do processo em questão.

Similarmente ao que acontece no processo penal (art. 386 do CPP), é certo que o arquivamento de um processo ou absolvição dos acusados é mais “certo” e mais seguro juridicamente quando restar provada a inexistência do fato, sua licitude, ou a não participação do réu na infração. Viu-se que a aplicação do paralelismo *plus* não costuma gerar essas constatações; pelo contrário, o arquivamento dos casos ocorre quando não há prova, ou quando esta é insuficiente para afastar possíveis explicações econômico-rationais ao comportamento paralelo observado, consequentemente insuficiente para condenar as representadas. Por sua vez,

²¹⁷ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Thompson Andrade. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

²¹⁸ CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

quando sua aplicação é suficiente, a condenação ocorre não pela comprovação direta do conluio, mas pelo afastamento de outras explicações legais para os fatos investigados.

6. Considerações Finais

A Procuradoria que trabalha junto ao CADE diz que as provas são indícios que pressupõem que os agentes econômicos com grande possibilidade se comportaram de forma a concertar as suas ações.²¹⁹ A batalha é travada em torno das evidências. As autoridades as analisam verificando sua aceitabilidade ou não, enquanto os réus procuram demonstrar nelas essa mesma aceitabilidade do ponto de vista econômico-racional ou, quando não consegue fazê-lo, argumentam que as condutas não geraram efeitos danosos ao mercado e à livre concorrência.

A partir da investigação conduzida neste artigo, destacou-se que a valoração probatória, quando conduzida sem qualquer lastro, conforme a livre discricionariedade do juiz, demonstra um excesso na observância do princípio inquisitivo, e pode violar princípios como o da segurança jurídica e mesmo o da igualdade entre as partes, um motivo a mais pelo qual se verifica a urgência em se estabelecer critérios de verificação do valor probatório dos indícios.

Entendeu-se pela fragilidade do uso dos indícios como lastro condenatório, uma vez que, na ausência de critérios claros para sua valoração, e mesmo analisados obrigatoriamente juntamente com o conjunto probatório do caso, podem não ser suficientes para a deflagração da estrutura complexa do cartel e de seus membros, ou podem vir a ser utilizados discricionariamente pela autoridade, sem a devida segurança jurídica e robustez probatória.

Indagou-se ainda sobre a aplicação do paralelismo *plus*, considerada potencialmente eficaz na medida em que analisa as provas e seu contexto, interpretando-o de forma a excluir ou não qualquer explicação econômico-racional para a conduta investigada que não o conluio. O paralelismo *plus*, no entanto, também é pouco eficaz na resposta estatal a tais crimes, uma vez que trabalha com o conjunto probatório já obtido e juntado aos autos do processo, o que, por conta do tipo de crime ora exposto, pode ser insuficiente para embasar uma condenação.

Ademais, denunciou-se uma aplicação descuidada da já citada teoria, acontecendo, em alguns casos, de forma mecânica, e em outros, de forma distorcida, na medida em que, no caso de a corte desenvolver ainda no início da investigação uma intuição acerca do cartel, esperando já a constatação desta conduta, exigirá menos fatores *plus* para embasar uma condenação. Ora, a postura ativa das autoridades ao lidar com provas indiretas é válida e necessária, mas o

²¹⁹ CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211303.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

problema de que quem procura sabe o que pretende encontrar verifica-se na medida em que as presunções da autoridade nesse contexto assumem pontos de vista e uma carga ideológica que têm uma inclinação ou tendência potencialmente comprometedora da imparcialidade do julgador.²²⁰

Bem por isso cabe ao juiz atuar na busca da prova somente de forma supletiva, sob pena de comprometer toda a estrutura acusatória e a imparcialidade na formação de seu convencimento. No Direito Administrativo Sancionador, inclusive, em sendo a Administração Pública a principal titular da pretensão punitiva, esta por vezes despe-se de sua imparcialidade, inclusive aceitando com menor frequência a alegação de dúvida – que, no direito processual penal, em regra geral, favorece o infrator.

A máxima cautela ao lidar com os indícios é imprescindível, principalmente na esfera antitruste, uma vez que as autoridades administrativas têm não só uma maior “elasticidade competencial”, como também uma vinculação direta com o resultado de seu trabalho. Elas devem cumprir metas, e isto pode contaminar sua imparcialidade e, conseqüentemente, o processo de obtenção de resultados.

7. Referências Bibliográficas

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Averiguação Preliminar n.º 08012.012116/1999-50.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Averiguação Preliminar n.º 08012.010626/2010-87.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Processo Administrativo n.º 08012.001119/2000-91.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. ProCADE – Procuradoria Federal - CADE. Parecer ProCADE n.º 32/2007. 12 de janeiro de 2007. 66 pg.

²²⁰ MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 10-11.

Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000319211249.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz. 34 pg. 28 de novembro de 2007. Processo Administrativo n.º 08012.002493/2005-16. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000320441773.pdf> Acessado em 10 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ementa de Decisão no Processo Administrativo n.º 08000.015337/1994-48. Ementa retirada do seguinte sítio eletrônico: <http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/pag/comentarios/comentarios1/prova_plus.htm> Acessado em 06 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica n.º 190/SG. Processo Administrativo n.º 08012.003931/2005-55. 41 pg. 16 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.anticartel.com/materias/docs/parecer_cade_MAIO_2013.pdf> Acessado em 30 de maio de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Thompson Andrade. Processo Administrativo n.º 08012.000677/1999-70. 27 pg. 14 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000593821675.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho. Processo Administrativo n.º 08012.006059/2001-73. 25 pg. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000586091160.pdf> Acessado em 16 de junho de 2015.

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal (Com Retificação) – Versão Pública, da Conselheira Ana Frazão. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?6FaC8_hj>

zwNSL-4pSZBnKoq70N69D1rZs8lGAfahk4MMaAum0SInrlvZFAYQ3zNPd3OC8s-XbAAokfTdDK0dZQ,,> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 248-262 (no documento eletrônico).

_____. CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto Vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Processo Administrativo n.º 08012.011142/2006-79. 531 pg. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?SkONKeKapqrBv2Tt7GYaty_hE5PfdsgYm_alzIQXBtX6HYX8vMR154ZcXOLPd6i22giNfmxMED4ZKNXYTOvLTQ> Acessado em 13 de junho de 2015. p. 77-78 (do documento eletrônico).

ANDRADE, Osvaldo Lucas. Número e Fenômeno: Impossibilidade e Necessidade da Certeza no Processo Probatório. In *Processo, Verdade e Justiça – Estudos sobre a Prova Judicial*. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 223-244.

ANDRADES, Alcides. O cartel sob a ótica penal e administrativa. In: *Sítio Eletrônico JusBrasil*. Disponível em: <http://alcidesandrade.jusbrasil.com.br/artigos/184182053/o-cartel-sob-a-otica-penal-e-administrativa?ref=topic_feed> Acessado em 23 de junho de 2015.

BUHART, Jacques, MAULIN, Romain. Proof in Cartels: State of Play and Perspectives. In: *Concurrences*, n.º 4, 2011. p. 51-64. Disponível em: <<http://awa2012.concurrences.com/academic/article/proof-in-cartels-state-of-play-and>> Acessado em 06 de maio de 2015.

CAMPOS, Asér Martins de Souza, e JUNIOR, Asér de Souza Campos. *Breves Anotações sobre a Prova e Erros Judiciários*. 1984.

COSTA, Gisela França da. Breve panorama do pensamento de Edwin H. Sutherland e a nova etiologia da criminalidade. In: *Inovações no Direito Penal Econômico – Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 65-90.

DELLEPIANE, Antonio. Nova Teoria da Prova. Tradução da 5ª ed. argentina por Erico Maciel. São Paulo: Editora Minelli, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de la Prueba Judicial. Vol. II. Anotado y Concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

ESTORILIO, Jairo Amodio. Investigação Criminal nos Delitos Empresariais. Curitiba: Juruá, 2007.

FACHETTI, Gilberto Silvestre. In: Processo, verdade & justiça: estudos sobre a prova judicial. Margareth Vetis Zaganelli. (Org.). 1ª ed., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 75-96.

FASSONI, Elvio. L'Utilizzazione degli Atti, la Valutazione della Prova. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura – Incontri di Studio sul Nuovo Codice di Procedura Penale – Relazioni e Contributi. v. 1, novembro de 1988 – junho de 1989. p. 516-542. Disponível em: http://www.csm.it/quaderni/quad_27.pdf> Acessado em 31 de maio de 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. In RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 11-31. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/revista/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/75>>. Acessado em 14 de abril de 2015.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 6ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007.

GILBERTO, André Marques. O processo antitruste sancionador: aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora S.A., 2010.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. KNIJNIK, Danilo (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

MAIA, Carlos Rodrigo Fonseca Tigre. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

MANDEL, Gabriel. Ações de busca e apreensão do CADE preocupam advogados. In: Consultor Jurídico. 23 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/invasao-aco-es-busca-apreensao-cade-preocupam-advogados>> Acessado em 06 de junho de 2015.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito – The Brazilian Lessons. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado – Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MORAIS, de Paulo Heber de, e LOPES, João Batista. Da Prova Penal – Teoria e Prática. Campinas: Julex Livros Ltda.

NETO, Amadeu de Souza Ferreira. Programa de Leniência e a Lei 12.529/2011: Avanços e desafios. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – RIBRAC. Ano 19, n. 22, julho-dezembro, 2012. CORDOVIL, Leonor (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. Teoria das Provas e suas aplicações aos atos civis. Atualização ortográfica da 2ª ed. da obra, editada em 1917. Campinas: Servanda, 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste. 2ª edição. Coleção Biblioteca de Estudos Avançados em Direito Penal e Processual Penal. Curitiba: Juruá, 2009. 316 págs..

OSÓRIO, Fábio Medina, Direito Administrativo Sancionador. 4ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. In: Revista CEJ, ano XVII, n. 59, jan./abr., 2013. Brasília: CEJ, 2013. p. 84-99.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRAXEDES, Renata Rodrigues. Valoração de Prova na Condenação de Carteis: O Mercado de revenda de combustíveis. In: Revista do IBRAC, v. 19, n. 22, jul./dez., 2012. p. 341–353.

ROSITO, Francisco. Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SABATINI, Guglielmo. Teoria delle Prove nel Diritto Giudiziario Penale. Catanzaro, 1909.

SANTOS, Juliana Pinheiro Damasceno e. Questão conceitual: Crimes de colarinho-branco ou crimes econômicos? In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9179 Acessado em 02 de junho de 2015.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White-Collar Criminality. In: American Sociological Review. v. 5, n. 1, february, 1940. p. 1-12. Disponível em:

<cooley.libarts.wsu.edu/criminology/documents/sutherland.pdf> Acessado em 24 de outubro de 2014.

VARELA, Casimiro A.. Valoración de la prueba. Procedimientos civil, comercial y penal. 2ª ed. atualizada e ampliada, 3ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

ZANETI JR., Hermes. Direito Probatório, Lógica Jurídica e Processo. In Provas: aspectos atuais do direito probatório. NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). São Paulo: Editora Método, 2009. p. 179-227.

Cartéis em licitações: fronteiras entre a infração à ordem econômica e o ato de improbidade administrativa

Daniele de Oliveira Nunes²²¹

RESUMO

Partindo da análise da importância da concorrência para a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, o presente trabalho observa a ameaça que o cartel representa a essa finalidade. Em seguida, se propõe a identificar os elementos que caracterizam a formação de cartel entre concorrentes em licitações públicas, o que, ao mesmo tempo em que representa uma infração à ordem econômica, pode corresponder também a um ato de improbidade administrativa, a depender das circunstâncias concretas. A partir daí, o artigo se propõe a distinguir as situações em que o cartel configura uma infração à concorrência, na forma da Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, daquelas em que concretiza um ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Palavras-chave: Cartéis. Licitações públicas. Concorrência. Improbidade administrativa.

ABSTRACT

The article analyzes the importance of competition for choosing the best offer to the Public Administration in a public bidding, highlighting the reasons why cartels threat this purpose. Because of this, the article identifies the main features of the cartels organized by competitors in public biddings, a situation which represents an administrative infraction to the economy and which might coincide with an act of administrative misconduct in some cases. Therefore, this paper intends to distinguish the cartels in which it is possible to identify only an administrative infraction to competition, under Law n. 12,529, enacted on November 30th, 2011, from those which also qualify for an act of administrative misconduct, under Law n. 8,429, enacted on June 2nd, 1992.

Keywords: Cartels. Public biddings. Competition. Administrative misconduct.

Classificação JEL: K21

²²¹ Mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Especialista em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Advogada no escritório Leal Cotrim Jansen Advogados, com experiência nas áreas de Direito Administrativo, Regulatório e Civil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância da concorrência nas licitações públicas; 3. O cartel como conduta prejudicial à concorrência nas licitações; 4. A Lei de Improbidade Administrativa e a observância dos princípios reitores da licitação; 5. A configuração do cartel em licitação como infração à ordem econômica; 5.1. Elementos que caracterizam o cartel como infração à ordem econômica; 5.2. Objetivos específicos usuais de cartéis em licitações públicas; 6. A configuração do cartel em licitação como ato de improbidade administrativa; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1. Introdução

A busca por uma maior eficiência na atuação da Administração Pública tem sido uma nota constante das últimas décadas, especialmente desde a introdução da eficiência como princípio explicitamente consagrado no texto constitucional, no rol de princípios a que está submetido o agir administrativo. A crescente cobrança da sociedade por uma melhor gestão da coisa pública, resultando na prestação de melhores serviços públicos, tem sido feita em um contexto no qual os recursos públicos, sempre escassos, não têm sido suficientes nem mesmo para o atendimento das necessidades públicas mais basilares.

Essa imperiosa otimização dos recursos públicos – financeiros, humanos e operacionais – necessariamente passa por medidas que visem a obter melhores condições nas contratações públicas. Contratos com sobrepreços ou não executados a contento são uma realidade ainda muito presente no Brasil, muitas vezes decorrente de licitações mal conduzidas.

Frequentes também são as denúncias de fraudes em licitações, seja em decorrência da atuação de um competidor, isoladamente, seja como fruto de um conluio entre licitantes, com ou sem a colaboração de agentes públicos. Destinada a permitir a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, quando a licitação serve de cenário a indevidas restrições à concorrência que lhe é inerente, esse objetivo é ferido de morte. O incentivo que a ampla concorrência produz sobre os competidores, que em um cenário competitivo se esforçam para apresentar melhores propostas, inexistente na medida em que a competitividade do certame é restringida.

Não apenas a eficiência no emprego dos recursos públicos fica ameaçada nesse cenário, como também são violados outros princípios nucleares que visam a resguardar a probidade da Administração Pública, o que se reveste de ainda maior gravidade quando agentes públicos colaboram para que isso ocorra. Por isso, os cartéis, que por si já representam a mais grave infração à ordem econômica, são uma das ilegalidades mais sérias que podem ser praticadas em

licitações. Não à toa, o seu combate tem sido prioritário para as autoridades competentes nas esferas de responsabilidade que atrai, especialmente para a autoridade de defesa da concorrência e o Ministério Público.

Dessas circunstâncias decorre a relevância do tema do presente artigo. Dentre os diferentes tipos de responsabilidade que a formação de um cartel pode atrair – penal, civil (pelo simples ressarcimento ao erário ou por ato de improbidade administrativa) e administrativa –, optou-se por destacar-se duas delas, que guardam pontos de semelhança e diferença: a responsabilidade administrativa por infração à ordem econômica, na forma da Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, e a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992.

O desenvolvimento do presente trabalho partirá da exposição, no capítulo 2, da essencialidade da concorrência para as licitações públicas, em contraposição à demonstração, no capítulo subsequente, das razões pelas quais a formação de cartéis nesses procedimentos é prejudicial. O capítulo 4, por sua vez, ocupará-se de revelar em que medida a Lei de Improbidade Administrativa tutela os bens jurídicos ameaçados pela cartelização nas licitações. Os capítulos 5 e 6 pretendem definir os elementos-chave para a caracterização dos cartéis como infração à ordem econômica, de um lado, e ato de improbidade administrativa, de outro, descortinando as semelhanças e as diferenças existentes entre as situações. Finalmente, a conclusão servirá à síntese dos resultados dessa reflexão, visando a contribuir, ainda que timidamente, com o esclarecimento de dois importantes meios de combate aos cartéis nas contratações públicas.

2. A importância da concorrência nas licitações públicas

A realização de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública é exigência constitucional, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB”), que somente pode ser afastada nos casos expressamente previstos em lei – mais especificamente, nos casos de dispensa e inexigibilidade, conforme estabelecido nos arts. 24 e 25 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei de Licitações”).²²²

²²² Vale notar, aqui, a distinção primordial entre as situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação. No primeiro caso, a licitação é possível, mas foi dispensada pelo legislador nas específicas situações constantes do rol do art. 24 da Lei de Licitações, que é taxativo. A inexigibilidade de licitação, por sua vez, se verifica sempre que há inviabilidade de competição, sendo apenas exemplificativo o rol previsto no art. 25 da mesma lei.

A imposição constitucional tem como finalidade precípua garantir que, mediante a observância dos princípios que devem reger a sua atuação, a Administração Pública selecione a proposta que lhe seja mais vantajosa para cada contratação. Importante nota que essa definição permite formular é que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública não é, necessariamente, aquela de melhor preço e/ou de melhor técnica, e sim aquela que também atenda às demais condições estabelecidas no correspondente instrumento convocatório, e, ainda mais relevante, com respeito aos princípios a que o procedimento e a Administração Pública se submetem.

O art. 37, *caput*, da CRFB, impõe à Administração Pública a observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sendo, ainda, apontados pela doutrina outros princípios que estariam implicitamente incluídos nesse rol, tais como a finalidade, a motivação, a proporcionalidade, a autoexecutoriedade e a autotutela, a presunção de veracidade e a continuidade das atividades administrativas.²²³

Por sua vez, o art. 3º da Lei de Licitações preconiza que a licitação deve transcorrer segundo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais princípios que lhes são correlatos – dentre os quais a doutrina inclui o princípio da competitividade ou da concorrência.

De fato, a doutrina aponta que a competição é da própria índole da licitação,²²⁴ sendo pressuposto dela.²²⁵ O mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Contas da União, onde reiteradamente se destaca que “*competição e consequente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória*”.²²⁶ Também o Poder Judiciário adota a visão segundo a qual a competição é inerente à licitação, como bem se vê no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.070/RN, em 29/11/2007:

²²³ O rol de princípios implícitos varia significativamente conforme o doutrinador que deles trate. Por isso, e considerando não ser esse ponto o foco do presente trabalho, optou-se por apenas apontar aqui alguns dos princípios implícitos elencados por alguns doutrinadores, especialmente por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014), Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013).

²²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 292.

²²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28.

²²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.615/2008-Plenário. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

(...) 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (...)

Assim é porque a busca por uma maior competição permite a ampliação da oferta dos bens ou serviços que a Administração Pública deseja adquirir, incentivando os potenciais competidores a aprimorarem seus processos produtivos e, conseqüentemente, a formularem melhores propostas sob os aspectos técnico e econômico, ao encontro do objetivo primordial da licitação. É impossível não perceber, neste ponto, a intimidade que existe entre uma licitação verdadeiramente competitiva e o princípio da eficiência. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²²⁷

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

Inegável é, também, a relação entre uma ampla competição nas licitações e os princípios da isonomia, da moralidade, da impessoalidade e da isonomia. A preservação da concorrência nas licitações é fundamental para garantir a todos aqueles que tenham interesse e condições de contratar com a Administração Pública a possibilidade de fazê-lo, em igualdade de condições. Restrições indevidas à competição representam o contrário: um ilegítimo e injustificado privilégio a certos competidores, que prejudica o interesse público.

Por tudo isso, embora não esteja expressa como princípio no rol do art. 3º da Lei de Licitações, a competição é um importante guia hermenêutico, segundo o qual, diante de variadas interpretações em determinada situação, seja privilegiada aquela que permita uma disputa mais ampla. Mais do que isso, sendo inerente à licitação e fundamental ao respeito aos

²²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 182-183.

demais princípios reitores do procedimento e da conduta da Administração Pública, ela também deve ser buscada ao longo de todo o procedimento, desde a sua fase interna.

Com efeito, a relevância da concorrência para a licitação é a razão pela qual a sua preservação e a sua ampliação são buscadas por uma série de dispositivos daquele diploma legal. Na verdade, a própria CRFB, exatamente no art. 37, inciso XXI, prevê que os respectivos instrumentos convocatórios somente podem permitir exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Nessa esteira, também o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei de Licitações veda aos agentes públicos que prevejam, admitam, tolerem ou incluam nos editais, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Outros dispositivos daquele mesmo diploma legal seguem nessa linha, como aquele que prevê modalidades de licitação tão mais favoráveis à competição quanto maior seja o valor estimado do objeto licitado (art. 23), aqueles que estabelecem taxativamente o rol de documentos que podem ser exigidos para fins de habilitação (arts. 27 a 31), aquele que determina o parcelamento das obras, serviços e compras até o limite que seja viável (art. 23, §1º), e aquele que caracteriza como crime a conduta que represente frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame (art. 90).²²⁸

É importante, contudo, lembrar que o estabelecimento de certas barreiras à competição não é, por si só, prejudicial ao interesse público e inconstitucional. Afinal, a ampliação da concorrência não é um valor em si mesmo, justificando-se na medida em que permita atingir a melhor proposta para a Administração Pública. Algumas dessas barreiras são necessárias, por exemplo, para evitar que sociedades incapazes de executar o objeto licitado tenham chances de ganhar a licitação, o que iria de encontro à finalidade última do procedimento, que, como já se disse, é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.²²⁹ Não é outro o motivo pelo qual o texto constitucional permite que os instrumentos convocatórios contenham exigências de qualificação, ressalvando, no entanto, que elas devem ser indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações licitadas. Outro exemplo é a imposição de

²²⁸ Não obstante, é pertinente lembrar o olhar crítico que parte da doutrina lança sobre a Lei de Licitações. Nessa linha, Carlos Ari Sundfeld argumenta que a lei foi fruto do *lobby* de empreiteiras com atuação já consolidada em obras públicas, razão pela qual, a seu ver, regulamentou a disputa de modo a dificultar o acesso de novas empresas a esse mercado – por exemplo, ao estabelecer, como requisito de qualificação técnica, a demonstração de experiência anterior em contratos similares, no lugar de permitir alternativas como o oferecimento de garantias financeiras amplas por empresas que não tenham tal bagagem. Assim, o procedimento geral estabelecido pela Lei de Licitações seria, em seu entendimento, um jogo de dados viciados, que teria como objetivo controlar e limitar a incidência do princípio da concorrência nesse mercado. (Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23).

²²⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

parcelamento do objeto, que somente deve ocorrer se não implicar em obstáculos como um elevado número de procedimentos para seleção - tornando excessivamente oneroso o trabalho da Administração Pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, a colocar em risco a economia de escala e a celeridade da contratação e, assim, a própria seleção da proposta mais vantajosa.²³⁰

De todo modo, a regra geral é que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública sejam contratadas em licitações nas quais se busque a máxima ampliação possível da concorrência, sempre na medida em que contribua para a seleção da proposta mais vantajosa em cada caso.

3. O cartel como conduta prejudicial à concorrência nas licitações

O cartel representa um acordo entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, visando a construir uma limitação artificial e ilegítima da concorrência. Embora alguns doutrinadores se concentrem em definir o cartel como o acordo que represente combinação de preços,²³¹ esta não é um elemento indispensável à sua configuração. Os ajustes que configuram cartéis podem ter outros objetos, como a fixação de quotas de produção e/ou a divisão de clientes e/ou de áreas de atuação.

Assim, a limitação artificial da concorrência que resulta da formação de cartéis consiste em uma ilegítima padronização de preços e/ou restrição da oferta de certos bens ou serviços. Além de ter um impacto negativo sobre os preços dos bens e serviços envolvidos no ajuste, o cartel também prejudica a inovação, neutralizando incentivos para que os agentes econômicos aprimorem os seus processos produtivos. Portanto, o bem-estar econômico, de um modo geral, é fortemente prejudicado pela formação de um cartel.

Quando formados no âmbito de licitações, os cartéis ainda provocam outros efeitos negativos. Muitas vezes, o grande poder econômico dos cartéis facilita a captura de agentes públicos, que podem passar a servir aos interesses dos integrantes dos cartéis, no lugar do interesse público – apesar de o envolvimento de tais agentes não ser um elemento imprescindível à caracterização do cartel em uma licitação. Nesse cenário, não apenas a

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.301/2013 – 2ª Câmara. Entidade: Município de Floriano/PI. Interessado: Ministério Público Federal (MPF) – Procuradoria da República no Município de Floriano/PI. Relator: André Luis de Carvalho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

²³¹ É o caso do conceito trazido por Leonardo Vizeu Figueiredo, que define cartel como “*um acordo abusivo de agentes econômicos, representando combinação de preços, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados para manter suas receitas sempre estáveis*”. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 309).

competitividade do certame é ferida de morte, mas, dada a intrínseca relação que ela mantém com os princípios mais basilares da Administração Pública, estes também são violados por aqueles a quem é confiada a gestão da coisa pública, o que contribui para uma progressiva perda de credibilidade do corpo burocrático estatal, enfraquecendo-o institucionalmente. Como se verá adiante, essa situação é de extrema relevância para a caracterização da improbidade administrativa.

Noutro giro, a formação de cartéis leva à seleção de propostas com preços mais elevados e/ou com aspectos técnicos menos satisfatórios do que aqueles que poderiam ser esperados em um ambiente concorrencial. Isso pode significar o dispêndio de recursos muito além dos necessários para o custeio de obras ou serviços de baixa qualidade, quando seria possível obter resultados mais favoráveis com um gasto igual ou menor, caso houvesse competição nos respectivos certames.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) ressalta que os efeitos nocivos dos cartéis formados em licitações são ainda mais perigosos do que aqueles provocados por cartéis que atuam no setor privado, *“na medida em que prejudicam a prestação do serviço público e representam desvios de dinheiro público, lesando todos os contribuintes”*.²³² A jurisprudência daquele órgão de defesa da concorrência, nesse sentido, destaca:²³³

No caso de cartéis em licitações o incremento de preços acontece às custas dos cofres públicos, o que reduz a possibilidade de o poder público prestar maior volume de serviços ou reduzir o custo dos disponibilizados. Através de acordos prévios e variadas estratégias, os cartéis acabam por impedir que a Administração adquira seus produtos e serviços ao menor preço e nas melhores condições possíveis.

É vigorosamente prejudicada, nessa medida, a eficiência que se espera da atuação da Administração Pública, uma vez que ela impõe ao gestor o dever de *“obter a maior realização*

²³² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22. Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Aurobindo Farmacêutica do Brasil Ltda e AB Farmo Química Ltda., (sucidadas por Aurobindo Pharma Indústria Farmacêutica Ltda.), Brasvit Indústria e Comércio Ltda., Pharma Nostra Comercial Ltda., César Augusto Alexandre Fonseca, Daniela Bosso Fujiki, Flávio Garcia da Silva, Francisco Sampaio Vieira de Faria, José Augusto Alves Lucas, Premanandam Modapohala, Ronaldo Alexandre Fonseca e Vittorio Tedeschi. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 20 de janeiro de 2016.

²³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

*possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”.*²³⁴

A questão relacionada ao preço, especificamente, tem sido objeto de relevantes esforços das leis orçamentárias e dos órgãos de controle ao longo dos últimos anos, talvez por envolver aspectos um pouco mais objetivos do que as questões relacionadas aos aspectos técnicos das contratações. A Lei nº. 10.524, de 25 de julho de 2002 (“Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003”), foi pioneira ao prever que o custo das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos da União Federal deveria ter como referência aqueles definidos no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, podendo superá-los, no máximo, em até 30% (trinta por cento). Nas leis de diretrizes orçamentárias de todos os anos seguintes,²³⁵ tal exigência foi mantida e aprimorada, permitindo que também se utilize como referência o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias – SICRO, mas deixando de tolerar excessos, salvo nos casos em que as especificidades da obra ou do serviço tornem inadequados tais referenciais de preços. A questão acabou sendo disciplinada de modo geral pelo Decreto nº. 7.983, de 8 de abril de 2013.

Os órgãos de controle, em um movimento iniciado no Tribunal de Contas da União, vêm, gradativamente, adotando uma postura mais rígida em relação a sobrepreços a partir dessas previsões legais, sendo bastante excepcionais os julgados que admitem orçamentos com custos que superem os referenciais.²³⁶ É bem verdade que a adoção desses referenciais, muitas vezes, não é suficiente para afastar a elevação de preços que pode resultar da formação de um cartel. É razoável crer que os incentivos gerados por uma ampla concorrência no certame, em diversos casos, poderiam levar os licitantes a reduzirem ainda mais os seus preços, comparativamente à existência desses referenciais. De qualquer forma, trata-se de uma baliza, mesmo que ainda imperfeita e passível de muitas melhorias, capaz de guiar com algum nível de objetividade a análise da adequação dos preços dos contratos administrativos.²³⁷

Não é demais lembrar, ainda, o óbvio: os recursos públicos são também escassos, de modo que a alocação de recursos em uma determinada contratação sempre representa a

²³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 73.

²³⁵ A exceção foi a Lei nº. 12.919, de 24 de dezembro de 2013, referente às diretrizes orçamentárias de 2014. Considerando a edição do Decreto nº. 7.983, de 8 de abril de 2013, que tratou do assunto, a previsão que aquela lei continha foi vetada pela Presidente da República.

²³⁶ Em geral, o Tribunal de Contas da União hesita em abandonar os referenciais de preços mesmo quando eles não se mostram totalmente adequados ao objeto licitado, preferindo fazer ajustes nas composições de seus custos unitários para, em seguida, utilizar essas composições casuisticamente elaboradas como referência para o controle.

²³⁷ Vale ressaltar que a utilização dessas tabelas de preços deve ser feita apenas a título de referência, não sendo obrigatória a sua observância, desde que com a devida justificativa por parte do gestor público.

priorização de uma necessidade pública em detrimento de outras. Mal atendida a primeira, tem-se um prejuízo ainda maior a ser suportado pela sociedade: nem as demandas deixadas de lado pelo gestor são atendidas, nem são adequadamente solucionados os problemas públicos priorizados.

4. A Lei de Improbidade Administrativa e a observância dos princípios reitores da licitação

Se, por um lado, o cartel representa uma violação a diversos princípios que regem a licitação e a atuação da Administração Pública, podendo culminar em prejuízos graves, não apenas financeiros, ao interesse público, por outro lado, a responsabilização por atos de improbidade administrativa é medida que visa a punir atos que tenham essa finalidade e, consequentemente, inibir outros indivíduos a incorrerem em sua prática.

A preocupação do constituinte originário com a preservação da probidade da Administração Pública é refletida na previsão do art. 37, §4º, da CRFB, nos termos da qual os atos de improbidade administrativa devem culminar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, se for o caso, na indisponibilidade de bens e no ressarcimento ao erário, na forma da lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A compreensão do sentido do termo improbidade é facilitada pelas lições de José Antonio Lisbôa Neiva,²³⁸ quando parte da etimologia do vocábulo:

No aspecto etimológico, improbidade derivaria do latim *improbitas*, expressão que significa má qualidade, imoralidade ou malícia. Isto nos leva a concluir que a improbidade revelaria a qualidade do homem que não procede bem, que age indignamente, porque não tem caráter. Improbidade seria o atributo daquele que é ímprobo, ou seja, aquele que é moralmente mau, violador das regras legais ou morais. Vincula-se, portanto, ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má índole.

A conexão estreita entre a probidade e a observância dos princípios aos quais a atuação da Administração Pública está vinculada é destacada por Emerson Garcia,²³⁹ que os entende fundamentais para a verificação da primeira, embora acredite que a legalidade e a moralidade são seus vetores primordiais.

²³⁸ NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência, 3ª edição. Niterói: Ímpetus, 2012, p. 6.

²³⁹ GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

A Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992 (“Lei de Improbidade Administrativa”), foi promulgada para atender à previsão constitucional e disciplinar a questão. Nessa linha, previu três grupos de atos de improbidade administrativa, listando de modo meramente exemplificativo condutas que podem pertencer a cada um deles: (i) aqueles que importam enriquecimento ilícito; (ii) aqueles que causam prejuízo ao erário e (iii) aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Reservada para o momento oportuno deste trabalho a discussão acerca da medida em que infrações à ordem econômica podem configurar atos ímprobos, é seguro adiantar que a Lei de Improbidade Administrativa pode ser uma aliada no combate às indevidas restrições à concorrência em licitações promovidas pela Administração Pública, notadamente quando elas derivam ou se relacionam, em algum grau, com a formação de cartéis.

Afinal, como se viu nos capítulos precedentes, a preservação e a promoção da concorrência em uma licitação são fundamentais, relacionando-se de maneira íntima com os demais princípios reitores do procedimento e da Administração Pública. Desse modo, como também se disse, a formação de cartéis em certames públicos concretiza violação a esses princípios, podendo, ou não, gerar prejuízos financeiros ao erário.

Todavia, merece destaque a gravidade das sanções prevista na Lei de Improbidade Administrativa, o que requer um zelo ainda maior em sua aplicação. A condenação pela prática de ato de improbidade poderá envolver a determinação de ressarcimento integral do dano causado ao erário, quando for o caso, mas também poderá ensejar a perda da função pública daquele que a exerça, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, o pagamento de multa correspondente a até três vezes o valor do acréscimo patrimonial, se ele houver ocorrido, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Ainda mais grave é que a jurisprudência construiu o raciocínio de que, nas ações de improbidade administrativa, o *periculum in mora* é presumido, o que permite que seja concedida medida cautelar, inclusive liminarmente, de indisponibilidade dos bens dos réus,²⁴⁰ que poderá perdurar por anos a fio, até o julgamento do feito – que, ao final, poderá eximir os réus de qualquer responsabilidade.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1366721/BA. Recorrente: Ministério Público Federal e outro. Recorrido: C. C. de S. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 26 de fevereiro de 2014.

Diante disso, o ajuizamento indistinto de ações de improbidade administrativa pode levar a nefastas consequências, até mesmo para indivíduos que venham a ser inocentados, o que exige cautela na interpretação e na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

5. A configuração do cartel em licitação como infração à ordem econômica

A configuração de cartéis no âmbito de licitações depende da presença dos mesmos elementos que os caracterizam quando formados em esferas distintas. A sua atuação é que pode assumir contornos distintos em licitações, dadas as características específicas desses procedimentos.

5.1 Elementos que caracterizam o cartel como infração à ordem econômica

A sistemática adotada pela Lei de Defesa da Concorrência permite a configuração das infrações à ordem econômica a partir da constatação da existência de dois elementos (i) a prática de uma conduta que tenha potencial ou efetivo efeito danoso ao mercado, dentre aqueles mencionados nos incisos do mesmo artigo, sendo meramente exemplificativo o rol de seu art. 36, §3º; e (ii) um nexos causal entre a conduta apurada e o dano potencial ou efetivo. Desse modo, as infrações são constatadas ainda que os seus efeitos danosos não sejam alcançados, e caracterizadas independentemente do elemento subjetivo, tornando-se irrelevante a constatação de culpa ou dolo por parte do infrator – salvo com relação aos administradores das empresas envolvidas, que devem ter caracterizado dolo ou culpa, nos termos do art. 37, inciso III, da Lei de Defesa da Concorrência.

É bastante amplo o leque de atores que podem ser considerados infratores nestes termos. Conforme o art. 31 da Lei de Defesa da Concorrência, ela se aplica a toda e qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Podem ser solidariamente responsabilizados com o agente econômico, inclusive, seus dirigentes e administradores (caso, repita-se, seja comprovado que agiram com dolo ou culpa), além das demais sociedades empresárias ou entidades do grupo econômico, de fato ou de direito.

Trata-se, nesse caso, de responsabilidade administrativa, uma vez que a apuração da infração e a aplicação das respectivas sanções são feitas por órgão da própria Administração Pública.

Os cartéis têm previsão específica na Lei de Defesa da Concorrência – embora essa explícita consagração não seja imprescindível, considerando a tipicidade aberta pela qual o legislador optou, expressada no *caput* do art. 36. Os incisos I e II do §3º desse mesmo artigo definem como condutas que representam infração à ordem econômica:

- I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Extrai-se da previsão legal que o cartel é configurado diante de um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para restringir a concorrência, definindo as condutas que devem ser adotadas por cada um de seus integrantes. Mais precisa é a explanação da Superintendência-Geral do CADE sobre o tema:²⁴¹

Especificamente com relação aos cartéis, podemos dizer que, doutrinariamente, cartel é uma ação coletiva entre empresas concorrentes cujo objetivo é propiciar um acordo entre concorrentes para, principalmente, fixar preços ou quotas de produção, dividir clientes e mercados de atuação, bem como combinar preços e ajustar vantagens em concorrências públicas e privadas. As empresas que agem em conluio podem ganhar os benefícios de um monopólio como se fossem uma única empresa monopolista.

²⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº. 92/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.000758/2003-71. Representantes: Fundação de Seguridade Social - GEAP; Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo - ASASPE/ES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE; e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços Afins à Área de Saúde do Espírito Santo - AHCES; Associação Médica do Estado do Espírito Santo - AMES; Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo - CRM/ES; Sindicato dos Médicos do Espírito Santo - SIMES; Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo - SINDHES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Centro Hospitalar Granmater Ltda. - Granmater; Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo - AFPES; Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim; Hospital Evangélico de Vila Velha / Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense; Hospital Santa Mônica Ltda.; Hospital Meridional; Hospital Metropolitano S/A; Hospital Praia da Costa Ltda.; Casa de Saúde Santa Maria S/A; Maternidade Santa Paula Ltda.; Hospital Santa Rita de Cassia Vitoria/AFECC Associação Feminina Educação Combate Câncer; Maternidade Santa Úrsula de Vitória SC Ltda.; Casa de Saúde São Bernardo; Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda.; Hospital São Luiz Ltda.; Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico; Vitória Apart Hospital S/A e Arlindo Borges Pereira. Brasília, 22 de dezembro de 2015.

Desse modo, um cartel de preço, por exemplo, tende a coordenar a ação dos agentes de mercado com o intuito de determinar o preço mais benéfico para si, tal qual uma empresa monopolista faz.

Pelo cartel, constitui-se, então, uma associação entre agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas, no tocante às variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial. Tal coordenação, quando se refere a preços, se dá com o objetivo de estabelecer uma negociação ilegítima de preço, permitindo, desse modo, uma comparação das estimativas de demanda, capacidade instalada, curvas de custos entre outros pontos, podendo ser resolvidas as diferenças com o intuito de se achar um consenso acerca do equilíbrio de preço/produção que trará mais lucro aos agentes em conluio, em prejuízo dos adquirentes de seus serviços (e, no final, os consumidores).

A caracterização de um cartel, pela doutrina e jurisprudência antitruste resulta, pois, de uma ampla gama de eventos relacionados direta ou indiretamente a acordos entre concorrentes sobre as mais diversas condições comerciais.

Reitere-se, aqui, que esses ajustes podem ter objetos diversos da simples fixação de preços de bens ou serviços, que sejam com ela combinados ou não, como a fixação de quotas de produção e/ou a divisão de clientes e/ou de áreas de atuação. A fixação de preços idênticos no âmbito de cartéis, aliás, vem caindo em desuso, como aponta artigo de Tereza Cristine Almeida Braga, assessora do CADE:²⁴²

A identidade de preços não é obrigatória em um cartel, porquanto os conspiradores podem combinar outros tipos de elementos (margens, custos, condições de pagamento, rateio de mercados, entre outros). Hoje em dia, os cartéis que ainda estão em atividade já perceberam que o alinhamento de preços é bastante arriscado e, por isso, preferem linearizar outros tipos de segredos de negócio. Na realização de diligências de busca e apreensão, por exemplo, é possível angariar evidências de combinações entre concorrentes que não se refiram a preços, mas que comprovem o conluio, tais como preços próximos em produtos de distintas qualidade ou procedência, lances com centavos exatamente idênticos e presença de um habilitado que sempre se abstém de apresentar lances. Desse modo, a observância da similaridade dos preços é relevante, mas não é crucial para se declarar a existência de um cartel.

A rigidez da lei fica nítida diante do seu esforço para tipificar todos os tipos de participação relevante no cartel, incluindo desde o acordo firme até a manipulação e a influência. De todo modo, o acordo de vontades entre dois ou mais competidores é o ponto nodal da caracterização do cartel, aliado à potencialidade de que resulte nos efeitos danosos que a legislação busca proteger.

Por esse motivo, a prova da comunicação entre seus integrantes é o principal ponto de análise em tais casos.²⁴³ Guarda relevância para esse aspecto o fato de que a licitação, sendo um procedimento formal que deve ter publicidade e dispensar tratamento isonômico aos

²⁴² BRAGA, Teresa Cristina Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, nº 1, maio/2015, p. 108-132.

²⁴³ Idem.

licitantes, demanda que todas as comunicações entre eles e a Comissão de Licitação sejam registradas nos autos e divulgadas, pelo menos, aos demais competidores. Da análise dos termos de pedidos de esclarecimentos, impugnações, recursos e propostas, bem como da documentação que os acompanha, podem surgir indícios e até mesmo provas conclusivas da formação do cartel.

5.2 Objetivos específicos usuais de cartéis em licitações públicas

Como se adiantou, os cartéis podem ter um ou mais intuitos, sendo a fixação de preços apenas um deles. Não é diferente com os cartéis formados em licitações, havendo certos objetivos mais recorrentes nesses casos, que podem ser adotados pelos primeiros isolada ou conjuntamente. Segundo cartilha elaborada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça,²⁴⁴ esses objetivos, em geral, são os seguintes:

- a) Fixação de preços, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.
- b) Direcionamento privado da licitação, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.
- c) Divisão de mercado, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.
- d) Supressão de propostas, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.
- e) Apresentação de propostas “*pro forma*”, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.
- f) Rodízio, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.
- g) Sub-contratação, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado.

²⁴⁴ BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília, 2008. Disponível em < http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

As estratégias acima podem ser utilizadas em uma ou mais licitações, de um ou diversos órgãos públicos ou entidades da Administração Pública de um ou mais entes federados, isolada ou simultaneamente. Diversos casos recentemente apreciados pelo CADE envolveram cartéis com um ou vários dos objetivos acima elencados.

A supressão de proposta foi constatada pelo CADE em processo envolvendo licitantes em certame promovido pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp para a contratação das obras do Lote 03 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco. Durante o processo, apurou-se que os dois licitantes melhor colocados acordaram que realizariam a execução conjunta das obras, o que levou a melhor colocada a desistir da licitação, ensejando a contratação de proposta cujo valor era 23,1% superior²⁴⁵.

Em setembro de 2015, o CADE condenou seis empresas, atuantes no mercado de aquecedores solares, também pela formação de cartel. Entendeu o órgão de defesa da concorrência que, ao longo da instrução, restou demonstrada a existência de um conluio entre aqueles agentes econômicos, que, durante o certame, (i) realizaram lances idênticos, (ii) dividiram os lotes licitados entre si e (iii) acordaram a subcontratação de uma delas por outra²⁴⁶.

Analisando a conduta de empresas fabricantes de portas de segurança detectoras de metais, em julgamento realizado em novembro de 2015, o CADE concluiu que, em licitações realizadas entre 2002 e 2008, as empresas investigadas combinaram nada menos do que três das estratégias acima elencadas: a apresentação de propostas fictícias, o rodízio de propostas e a divisão do mercado²⁴⁷.

Como se vê, essas nocivas práticas têm sido constante objeto de análise por parte do CADE, no âmbito de suas competências.

6. A configuração do cartel em licitação como ato de improbidade administrativa

²⁴⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitação realizada pela Sabesp. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f84cda2ec75db37f8bb88bd86ed2>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁴⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitações de aquecedores solares. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?af8290996ba077bc49f648192a2b>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

²⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.011276/2013-60. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Walter Marzagão Beringhs e Amilton Bento. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 17 de novembro de 2015.

Em que pese a gravidade da infração à ordem econômica ora analisada, há que se investigar se a formação de cartel sempre configura também um ato de improbidade administrativa. Para tanto, é imperioso o exame dos elementos que caracterizam o ato de improbidade administrativa, a permitir averiguar se eles se identificam com aqueles elencados no capítulo precedente.

Ao definir as condutas que devem ser consideradas como atos ímprobos, a Lei de Improbidade Administrativa adotou uma tipicidade aberta, no que se assemelha à Lei de Defesa da Concorrência. Classificando tais condutas em três grupos distintos, os arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa adotaram definições capazes de permitir que as mais diversas situações neles se enquadrem, ainda que não se identifiquem com as condutas específicas elencadas nas listas desdobradas nos incisos desses artigos.

Com efeito, o art. 9º da referida lei preceitua que é ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades submetidas à lei. O art. 10, por sua vez, caracteriza como ímproba qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das mesmas entidades. Finalmente, o art. 11 preconiza que qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Esses termos, por si, nos permitem fazer a primeira consideração crucial para o presente trabalho, relacionada ao papel do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa, no que se distingue severamente da Lei de Defesa da Concorrência.

A tendência consolidada na doutrina e na jurisprudência é no sentido de que a presença do dolo é fundamental para a caracterização dos ilícitos estabelecidos nos arts. 9º e 11 do aludido diploma legal, muito embora eles silenciem a respeito – ao contrário do que faz o art. 10, que permite a responsabilização por ato praticado com dolo ou culpa (culpa grave, segundo o posicionamento consolidado). Assim, como entende a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça,

o ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do

administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).²⁴⁸

Segundo essa interpretação, não se pode presumir que seria objetiva a responsabilidade pelas condutas definidas nos arts. 9 e 11, a partir do silêncio do legislador acerca do elemento subjetivo que permitiria caracteriza os tipos.²⁴⁹ Entendimento contrário estaria em desacordo com o regime geral de responsabilidade subjetiva dos agentes causadores de danos à Administração Pública, estabelecido no art. 37, §6º, da CRFB. Por outro lado, aqueles dispositivos também não consignam explicitamente a responsabilidade por ato culposos, como faz o art. 10, de modo que resta apenas a possibilidade de entender que consagram responsabilidade por ato praticado com dolo.²⁵⁰

É o que restou pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479.812/SP, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, pela Primeira Seção,²⁵¹ e vem sendo reiterado em julgados posteriores, como no acórdão que retrata o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 20.747/SP, em 17/11/2011, pela Primeira Turma daquele Tribunal Superior:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NO RESSARCIMENTO DE GASTOS POR PARLAMENTAR. ART. 9º DA LEI N. 8.429/92. SUFICIÊNCIA DE DOLO GENÉRICO NA CONDUTA GERADORA DO ENRIQUECIMENTO OU CONTRA AS NORMAS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PENAS APLICADAS EM ATENÇÃO À PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ TAMBÉM AO RECURSO PELA ALÍNEA C DO DISSÍDIO CONSTITUCIONAL.

1. Hipótese na qual se discute ato de improbidade administrativa decorrente do uso de documentos falsos por parlamentar, por trinta e quatro vezes, com o fim de ressarcimento de gastos.

(...)

3. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1258529/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Francisco Carlos Delfino. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

²⁴⁹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132.

²⁵⁰ Idem, p. 302.

²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479812/SP. Embargante: Aster Produtos Médicos Ltda. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de agosto de 2010.

Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo.

4. O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito, amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 9º da Lei 8.429/1992. Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que gere o indevido enriquecimento ou que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.

Reluz, portanto, uma constatação fundamental para o presente trabalho: embora a configuração do cartel como infração à ordem econômica independa de dolo ou culpa dos agentes econômicos (exceto dos administradores das empresas envolvidas, como se viu), a análise do elemento subjetivo, com a constatação de dolo ou de culpa grave, é indispensável à configuração dos atos de improbidade administrativa.

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa representa outro ponto nodal desta análise. O art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa define que os atos de improbidade poderão ser assim considerados se praticados “*por qualquer agente público, servidor ou não*”, contra a Administração direta ou indireta e as entidades que menciona em seu *caput* e em seu parágrafo único.

O dispositivo é complementado pelo art. 2º daquela mesma lei, segundo o qual deve ser considerado agente público, para tais efeitos, “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*” nas mesmas entidades, e o art. 3º submete à Lei de Improbidade Administrativa todo aquele que, “*mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*”.

Visualizando-se nesse cenário a formação de cartel em uma licitação, a indagação que se coloca é se os particulares envolvidos no ajuste praticam ato de improbidade administrativa ao fazerem o conluio, se agirem independentemente da participação de um agente público.

A resposta dada pelo entendimento dominante é negativa. Não se vislumbra ato de improbidade administrativa quando praticado isoladamente por particulares, sem a participação de um agente público. Assim se diz porque, nos termos do art. 3º da Lei de Improbidade Administrativa, para ser considerada ato ímprobo, a conduta do particular deve corresponder a uma das seguintes situações: (i) o terceiro desperta no agente público interesse em praticar o ato de improbidade, induzindo-o a fazê-lo; (ii) o terceiro concorre para a prática do ato de improbidade, participação esta que pode consistir na divisão de tarefas com o agente público

ou na mera prestação de auxílio material; ou (iii) o terceiro não exerce qualquer influência sobre o *animus* do agente ou presta qualquer contribuição à prática do ato de improbidade, limitando-se em se beneficiar do produto do ilícito.²⁵²

Esse é o posicionamento que se consolidou na jurisprudência, especialmente a partir do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial nº. 896.044/PA, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, realizado no dia 16/09/2010:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. EMPRESA BENEFICIADA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública fundada em improbidade administrativa decorrente de pagamentos indevidos, supostamente respaldados em contratos fraudulentos e sem ter havido efetiva contraprestação, feitos com verba da Fundação Nacional de Saúde no Pará às empresas Timbira Serviços Gerais Ltda. e Timbira Serviços de Vigilância, em 1998.

(...)

7. A conduta dos agentes públicos, que constitui o foco da LIA, pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização da empresa que se beneficiou com a improbidade.

8. Convém registrar que a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no pólo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de Ação Civil Pública comum para obter o ressarcimento do Erário. Precedente do STJ.

9. Na hipótese, o Juízo de 1º grau condenou os agentes públicos responsáveis pelas irregularidades e também o particular que representava as empresas beneficiadas com pagamentos indevidos, mostrando-se equivocada a anulação da sentença por ausência de inclusão, no pólo passivo, da pessoa jurídica beneficiada.

10. Recurso Especial provido.

Por conseguinte, para que configure ato de improbidade administrativa, sujeitando os envolvidos às graves sanções que a lei prevê, a formação de cartel em licitação necessariamente deve contar com a colaboração de um agente público que aja ao menos com culpa grave (se se pretender enquadrar a conduta no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa) ou com dolo (se a conduta se subsumir aos tipos previstos na aludida lei).

Apesar de a participação do agente público ser dispensável para o cartel, como infração à ordem econômica, é comum ter notícias de sua ocorrência, mesmo porque facilita a atuação dos licitantes que se cartelizaram. Se o cartel conta com o auxílio de um ou mais membros da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro, conforme o caso, a condução do procedimento em seu benefício é um destacado auxílio às intenções do grupo. Pode o gestor capturado, por exemplo, adotar maior rigidez na análise da documentação dos demais competidores, inabilitando-os ou

²⁵² GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 366-367.

desclassificando-os por conta de falhas meramente formais,²⁵³ designar a realização das sessões das etapas subsequentes com pequeno intervalo relativamente à divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior – o que dificulta a elaboração de qualquer recurso administrativo ou de medidas judiciais pelos licitantes prejudicados –, ou até mesmo compartilhar informações privilegiadas com os integrantes do cartel, em detrimento dos demais competidores.

7. Conclusão

As reflexões desenvolvidas no presente trabalho embasam constatações que nos parecem relevantes para o tema objeto de estudo.

Viu-se, em primeiro lugar, que a concorrência é considerada um pressuposto da licitação, elemento que lhe é inerente. As restrições à competitividade, nessa esteira, apenas se justificam quando e na medida em que pretenderem alcançar finalidades legítimas perseguidas pela Administração Pública, as quais também irão guiar a seleção da proposta mais vantajosa.

A atuação de cartéis em licitações, ao restringir artificial e ilegitimamente a concorrência nesses certames, gera consequências negativas graves não apenas à eficiência da aplicação dos recursos públicos envolvidos, mas também à probidade que deve guiar a gestão da coisa pública. Nesse cenário, a depender das circunstâncias concretas, a atuação de cartel em uma licitação poderá configurar infração à ordem econômica, isoladamente, ou também um ato de improbidade administrativa.

Em ambos os casos, os tipos são abertos, a permitir o enquadramento de diferentes situações específicas às hipóteses formuladas, em que pese representarem diferentes esferas de responsabilização: administrativa, no caso de infração à ordem econômica apurada e censurada na forma da Lei de Defesa da Concorrência, e civil por improbidade administrativa, no caso da prática de algum das condutas abrangidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

A responsabilização dos agentes econômicos que tenham participado de conluio em uma licitação independe da demonstração de que agiram com culpa ou com dolo, sendo objetiva – salvo com relação aos administradores das empresas envolvidas. Nisso, difere-se da responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, que necessariamente exige

²⁵³ O formalismo exacerbado tem sido encarado como prejudicial à própria finalidade da licitação, pelo que não tem sido inadmitido pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive dos órgãos de controle. Veja-se, a propósito, julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União recentemente, refletido no Acórdão nº. 1.795/2015-Plenário, Relator Ministro José Múcio, que ressaltou o prejuízo que o formalismo exagerado no julgamento das propostas gera à competitividade do certame.

a demonstração do elemento subjetivo dos sujeitos ativos, mais especificamente, de dolo ou culpa grave de sua parte.

Por outro lado, para a caracterização do cartel como infração à ordem econômica, é irrelevante a colaboração de um agente público – cuja participação, todavia, também ensejará a aplicação das sanções cabíveis, tendo em vista que as sanções da Lei de Defesa da Concorrência também se aplicam a qualquer pessoa física que tenha praticado as condutas censuradas. O mesmo não acontece na configuração do ato de improbidade administrativa, que somente existirá caso o agente público efetivamente participe, de forma consciente, da conduta reprovável. Cartéis cuja atuação não conta com o auxílio de um agente público, dessa forma, não incorrem em ato de improbidade administrativa.

O combate à atuação dos cartéis pode e deve se valer de ambos os instrumentos. Tanto a defesa da concorrência quanto a repressão aos atos de improbidade administrativa vem evoluindo no Brasil ao longo das últimas décadas, representando um esforço louvável direcionado à construção de uma Administração Pública cada vez mais identificada aos princípios que regem a sua atuação. É preciso, contudo, atentar para as especificidades das diferentes esferas de responsabilidade pela adoção de determinada conduta, permitindo o refinamento desse combate, especialmente porque cada um desses âmbitos de responsabilidade envolve providências e sanções graves, as quais somente se legitimam na medida em que efetivamente configuradas as situações que ensejam a sua aplicação.

8. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA, Teresa Cristina Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. In: Revista de Defesa da Concorrência, vol. 3, nº 1, maio/2015, p. 108-132.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitações de aquecedores solares. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?af8290996ba077bc49f648192a2b>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cade condena cartel em licitação realizada pela Sabesp. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f84cda2ec75db37f8bb88bd86ed2>>. Acesso em 20 de novembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50. Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Representadas: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda. Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, 09 de dezembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22. Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio. Representados: Aurobindo Farmacêutica do Brasil Ltda e AB Farmo Química Ltda., (sucidadas por Aurobindo Pharma Indústria Farmacêutica Ltda.), Brasvit Indústria e Comércio Ltda., Pharma Nostra Comercial Ltda., César Augusto Alexandre Fonseca, Daniela Bosso Fujiki, Flávio Garcia da Silva, Francisco Sampaio Vieira de Faria, José Augusto Alves Lucas, Premanandam Modapohala, Ronaldo Alexandre Fonseca e Vittorio Tedeschi. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. Brasília, 20 de janeiro de 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica nº. 92/2015/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08700.000758/2003-71. Representantes: Fundação de Seguridade Social - GEAP; Associação dos Sistemas de Autogestão em Saúde Próprios de Empresas do Espírito Santo - ASASPE/ES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE; e Saúde Assistência Médica. Representados: Associação de Hospitais, Clínicas e Prestadores de Serviços Afins à Área de Saúde do Espírito Santo - AHCES; Associação Médica do Estado do Espírito Santo - AMES; Conselho Regional de Medicina do Estado do Espírito Santo - CRM/ES; Sindicato dos Médicos do Espírito Santo - SIMES; Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado do Espírito Santo -

SINDHES; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Centro Hospitalar Granmater Ltda. - Granmater; Hospital da Associação dos Funcionários Públicos do Espírito Santo - AFPE; Hospital Evangélico de Cachoeiro de Itapemirim; Hospital Evangélico de Vila Velha / Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense; Hospital Santa Mônica Ltda.; Hospital Meridional; Hospital Metropolitano S/A; Hospital Praia da Costa Ltda.; Casa de Saúde Santa Maria S/A; Maternidade Santa Paula Ltda.; Hospital Santa Rita de Cassia Vitoria/AFECC Associação Feminina Educação Combate Câncer; Maternidade Santa Úrsula de Vitória SC Ltda.; Casa de Saúde São Bernardo; Hospital e Maternidade São Francisco de Assis Ltda.; Hospital São Luiz Ltda.; Unimed Sul Capixaba Cooperativa de Trabalho Médico; Vitória Apart Hospital S/A e Arlindo Borges Pereira. Brasília, 22 de dezembro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.011276/2013-60. Representante: CADE *ex officio*. Representados: Walter Marzagão Beringhs e Amilton Bento. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 17 de novembro de 2015.

BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Combate a cartéis em licitações – guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Brasília, 2008. Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº. 20.747/SP. Agravante: Mário Sérgio Cazeri. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Benedito Gonçalves. Brasília, 17 de novembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 479812/SP. Embargante: Aster Produtos Médicos Ltda. Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 25 de agosto de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 896.044/PA. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Noélia Maria Maués Dias Nascimento e outra. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 16 de setembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1258529/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Francisco Carlos Delfino. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1366721/BA. Recorrente: Ministério Público Federal e outro. Recorrido: C. C. de S. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, 26 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1.795/2015-Plenário. Representante: Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados. Entidade: CELG Distribuição S.A. Relator: Ministro José Múcio. Brasília, 22 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.615/2008-Plenário. Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A. Interessado: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia – ABCE. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 13 de agosto de 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 5.301/2013 – 2ª Câmara. Entidade: Município de Floriano/PI. Interessado: Ministério Público Federal (MPF) – Procuradoria da República no Município de Floriano/PI. Relator: Ministro André Luis de Carvalho. Brasília, 03 de setembro de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo, 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência, 3ª edição. Niterói: Ímpetus, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23.

A garantia da segurança alimentar por intermédio do direito internacional da concorrência

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff²⁵⁴

RESUMO

O presente escrito tem como objetivo debater a temática da segurança alimentar a partir da perspectiva do Direito da Concorrência, buscando expor como esse conjunto normativo poderia corroborar para solucionar o problema da (in)acessibilidade dos alimentos. Afinal, o alimento é um item de sobrevivência humana, não podendo a sua produção ou melhoria genética restar à mercê da vontade de poucas empresas do agrobusiness, as quais, rotineiramente, formam carteis para a venda de sementes, causando uma variação do preço de produção pelo controle do mercado. Em razão disso, primeiramente discorre-se sobre os aspectos legais envolvendo o abuso econômico perpetrado pelos fabricantes de sementes geneticamente modificadas no Brasil, para que, posteriormente, possa-se debater sobre a necessidade e abrangência de um eventual acordo internacional que fomentasse a concorrência no plano externo, uma vez que essas empresas não atuam nesse setor apenas no país, mantendo um monopólio a nível global. Ao cabo, conclui-se que de nada adianta a existência de uma tecnologia avançada e voltada à preservação do Direito Humano ao Alimento se o não há um mercado livre de práticas anticompetitivas para que essa tecnologia seja usufruída de modo equânime e justo na sociedade.

Palavras-chave: Segurança Alimentar; Direito da Concorrência; Sementes Geneticamente Modificadas; Abuso do Poder Econômico; Acordo Internacional Antitruste.

ABSTRACT

This paper intends to discuss the issue of food security from the competition law perspective, seeking to understand how this set of rules could corroborate to solve the problem of the (in)accessibility of food. After all, food is an essential item for human survival, being its production and genetic improvement hindered by a few agribusiness companies, which routinely form cartels for the sale of seeds, causing a variation on the production price due to the control of the market. As a result, firstly the legal aspects involving economic abuse perpetrated by genetically modified seed manufacturers in Brazil will be addressed, so that, subsequently, a debate on the need and the possible extent of an international agreement to stimulate competition worldwide will be held, as these companies do not operate only in one country, keeping, thus, a global monopoly. At the end, it is concluded that there is no point on the existence of an advanced technology dedicated to the preservation of the Human Right to Food if there is no free market of anticompetitive practices so that such technology could be equitably and fairly enjoyed by society.

Keywords: Food Security; Competition Law; Genetically Modified Seeds; Economic Power Abuse; International Antitrust Agreement.

²⁵⁴ Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS (2014); mestre em Direito Público pela Unisinos (2012); pós-graduada em Relações Internacionais pela UFRGS (2015), em Direito Internacional pela UFRGS (2009) e em Língua Inglesa pela Unilasalle (2008). Pesquisadora visitante da Universidade de Toronto/Canadá; professora de Direito Internacional e Relações Internacionais da graduação do UniRitter e da Unifin; professora Substituta da Faculdade de Direito da UFRGS. E-mail: tatiana.cardoso@ufrgs.br.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Abuso do Poder Econômico pelos Fabricantes de Sementes e seus Impactos na Segurança Alimentar; 3. A Adoção de um Acordo Antitruste no Plano Internacional: necessidade e (possível) abrangência diante da “*oligopolização*” do mercado de sementes; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Hodiernamente a garantia do Direito Humano ao Alimento torna-se um tema central nas políticas públicas dos Estados²⁵⁵, em especial, daqueles que necessitam de um maior influxo de alimentos para prover à sua população um mínimo de calorias diárias para a sua manutenção digna, o que infelizmente não tem diminuído. De acordo com a FAO²⁵⁶, o número de indivíduos em situação de fome crônica no globo era de 923 milhões ao final de 2007 e 963 milhões em 2008²⁵⁷. Com isso, os alimentos transgênicos e geneticamente modificados assumem papéis notadamente relevantes, vez que podem auxiliar os países a atingir as metas estipuladas pela FAO²⁵⁸ e superar esse quadro deficiente da moderna conjuntura global alimentar.

Por certo que não se trata de qualquer alimento modificado e/ou transgênico que poderá ser utilizado para fins de garantir e aumentar a segurança alimentar. Isso porque, faz-se necessário que o mesmo tenha sido previamente avaliado quanto aos seus potenciais impactos à saúde (humana, animal e vegetal) e ao meio ambiente, cumprido, assim, com os requisitos constantes nas regras de biossegurança domésticas²⁵⁹ e internacionais²⁶⁰, cuja função é

²⁵⁵ Nesse aspecto, o Brasil tem se destacado no plano internacional com o ‘Programa Fome Zero’, o ‘Programa de Aquisição de Alimentos’ e o ‘Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar’, para citar alguns. Cf.: DEL GROSSI, Mauro Eduardo. Poverty Reduction: From 44 Million to 29.6 Million People. In: SILVA, José Graziano da; DEL GROSSI, Mauro Eduardo; FRANÇA, Caio Galvão de. The ‘Fome Zero’ Program: the Brazilian experience. Brasília: MDA, 2010, p. 303-318.

²⁵⁶ FAO. World Agriculture: Towards 2015/2030. Rome: FAO, 2002, p. 3.

²⁵⁷ ZIEGLER, Jean; GOLAY, Christophe; MAHON, clarie; WAY, Sally-Anne. The Right for the Right to Food. Geneva: Palgrave Macmillan, 2012, p. 215-232.

²⁵⁸ FAO. Targets and Indicators for the Post-2015 Development Agenda and the Sustainable Development Goals. Rome, jun. 2014, p. 4-5. Disponível em: <www.fao.org/fileadmin/user_upload/post-2015/FAO_TI_14_themes_24_06_2014.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

²⁵⁹ Cf. a legislação doméstica de biossegurança da África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Japão, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido e União Europeia em: VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar. Bleo Horizonte. Del Rey, 1998.

²⁶⁰ A discussão no plano internacional iniciou-se com a *Convenção da Diversidade Biológica* e a *Agenda 21*, firmadas durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Foram seguidas pelas *Regras Técnicas Gerais para a Segurança na Biotecnologia* do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) de 1995 e especialmente pelo *Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança*, atrelado à Convenção sobre Diversidade Biológica, celebrado no ano de 2000. Ainda, mister salientar o *Tratado Internacional sobre Recursos Filogenéticos para a Alimentação e a Agricultura*

assegurar a aplicação sadia e sustentável da biotecnologia²⁶¹, minimizando os seus riscos e assegurando padrões mínimos.²⁶²

No Brasil, por exemplo, para que determinado alimento transgênico ou modificado seja cultivado, faz-se necessário que os interessados obtenham uma autorização, a qual compreende a realização de uma análise técnica por parte da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), reestruturada pela Lei Federal n.º. 11.105 de 2005, bem como a apreciação do pedido por parte do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), órgão vinculado à Presidência da República criado pela referida lei que permite, em última instância, a comercialização do produto.²⁶³

Uma vez autorizado, por conseguinte, o alimento pode ser produzido e/ou negociado por aquele que o aprovou. Ademais, em sendo a referida tecnologia empregada na modificação do alimento uma novidade que envolva a atividade de invenção e detenha aplicação industrial, ela ainda pode ser patenteada.²⁶⁴ Noutros termos, aquele que introduz um elemento novo em uma planta através da engenharia genética, seja para solucionar um determinado problema a fim de torná-la mais resistente ou agregar certo item na sua estrutura molecular para melhorar as suas categorias orgânicas, tem o direito de propriedade sobre esse ser vivo modificado, detendo o monopólio da sua exploração por um determinado prazo, qual seja, 20 anos.²⁶⁵

Esses são os termos da Lei de Propriedade Intelectual brasileira – Lei Federal n. 9.279 de 1996, a qual prevê como patenteável, excepcionalmente, as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação das propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de

edificado no âmbito da FAO, em 2002. FRANCONI, Francesco; SCOVAZZI, Tullio. *Biotechnology and International Law*. Portland: Bloomsbury Pub., 2006.

²⁶¹ Importante diferenciar biotecnologia e biossegurança: A “[b]iotecnologia abrange a área de conhecimento que trata do uso de organismos vivos ou parte deles, a partir de estudos e práticas tecnológicas sobre os processos biológicos e sobre as propriedades dos seres vivos, animais ou vegetais, com o objetivo de produzir bens e serviços, ou seja, resolver problemas e criar produtos de utilidade. Engloba, então, tanto o uso industrial de processos de fermentação de leveduras para produção de álcool ou de cultura de tecidos para extração de produtos secundários, quanto, mais atualmente, o desenvolvimento de produtos por processos biológicos que utilizam a tecnologia do DNA recombinante. A Biossegurança, por sua vez, é a ciência que estuda os riscos de impactos decorrentes desse uso da biotecnologia no meio ambiente”. FRIEDRICH, Tatyana S. *Propriedade Intelectual em Biotecnologia*. In: COSTA, Marco Antonio F.; COSTA, Maria de Fátima B. (orgs.). *Biossegurança de OGM: uma visão integrada*. Rio de Janeiro: Publít, 2009, p. 71.

²⁶² NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. *Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar (Biossegurança de plantas transgênicas)*. Revista *Nutrição*, Campinas, v.16, n.1, pp. 105-116, jan./mar. 2003, p. 107.

²⁶³ BRASIL. Lei Federal n. 11.105. Sancionada em 24 mar. 2005. Arts. 06, 08 e 10.

²⁶⁴ BRASIL. Lei Federal n. 9.279. Sancionada em 14 mai. 1996. Arts. 06 e 08.

²⁶⁵ GARCIA, Selemara Berckembrock F. *Proteção das Cultivares e das Plantas Transgênicas*. Revista *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 6, n. 1, pp. 275-295, 2004; BRASIL. Lei Federal n. 9.279. Sancionada em 14 mai. 1996. Art. 40.

transformação total ou parcial das características nucleares de microrganismos transgênicos, cujas condições somente ocorreram em razão da intervenção humana direta em sua composição genética.²⁶⁶ Conseqüentemente, com a propriedade dessa tecnologia atribuída a certo indivíduo²⁶⁷, exclui-se a possibilidade de outros utilizarem, disporem, venderem, importarem ou produzirem a mesma técnica genética sem o seu consentimento e com a devida contraprestação.²⁶⁸

Apesar disso, em que pese esse sistema de fato proteger aquele que se debruçou intelectualmente sobre o engenho, ele prejudica a possibilidade de atingir-se a segurança alimentar por intermédio da biotecnologia. Afinal, ao invés de beneficiar a todos, ele torna possível o *monopólio* da técnica, o que não apenas faz com que a mesma não se torne mais barata e, portanto, mais utilizada, como igualmente prejudica o próprio agricultor ao passo que esse também resta normalmente atrelado aos demais produtos comercializados pelo inventor para um “correto” uso do material, inviabilizando a produção do alimento modificado.²⁶⁹

Conclusão essa que não está adstrita apenas a certas regiões globais ou à determinados fatores socioeconômicos, haja vista o mesmo problema ter sido reportado no ano de 2009 em um estudo chamado “*O Futuro das Sementes e dos Alimentos*”, encomendado por diversas Organizações Não-Governamentais (ONGs) como Greenpeace e Swissaid, sobre a situação das sementes na Europa. No referido documento, alude-se ao fato de 25% do total de patentes solicitadas ao Escritório Europeu de Patentes (EEP) até o ano de 2008 envolverem plantas e sementes engenheiradas, sobretudo, por três empresas – Monsanto, Dupont e Syngenta, fazendo com que grande parte do processo de produção passasse por suas mãos.²⁷⁰ E se não bastasse as

²⁶⁶ BRASIL. Lei Federal n. 9.279. Sancionada em 14 mai. 1996. Art. 18.

²⁶⁷ Tatyana Friedrich afirma que, de acordo com a Lei Federal n. 9.456 de 2007, “a proteção dos direitos de propriedade intelectual se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, feito pelo SNPC - Serviço Nacional de Proteção de Cultivares, do Ministério da Agricultura, a pedido do interessado”. Logo, essa lei que tem o condão de “obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no Brasil”, acrescentando mais um mecanismo protetivo à invenção realizada, sendo adicional àquela constante na Lei federal 9.279 de 1996. Contudo, “[t]al proteção é prevista apenas para a (a) “nova cultivar” (art. 3º., V), ou seja aquela que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies, ou para a (b) cultivar essencialmente derivada de outra cultivar”. FRIEDRICH, *op cit.*, p. 79.

²⁶⁸ BRASIL. Lei Federal n. 9.279. Sancionada em 14 mai. 1996. Art. 42.

²⁶⁹ SCHNEIDER, Patricia M. Segurança Alimentar e o Princípio da Informação sobre Alimentos Geneticamente Modificados. In: BRAUNER, Maria Claudia; LIEDKE, Monica; SCHNEIDER, Patrícia M. Biotecnologia e Direito Ambiental. Jundiaí: Paco Editorial, 2012, p. 40.

²⁷⁰ THEN, Christoph; TIPPE, Ruth. The Future of Seeds and Food: under the growing threat of patents and market concentration. Abr., 2009, 31p. Disponível em: http://no-patents-on-seeds.org/images/documents/report_future_of_seed_en.pdf. Acesso em 22 ago. 2015.

patentes já restringirem a capacidade produtiva em razão da menor concorrência, tal controle também faz com que contratos cada vez mais restritivos no que tange ao uso final da tecnologia sejam firmados de modo que toda a cadeia produtiva *mundial* acabe à mercê de tais empresas.²⁷¹

Nesse sentido, considerando a necessidade de se trabalhar em prol da segurança alimentar frente a atual conjuntura mundial, questiona-se: *como o Direito da Concorrência aprecia essa situação e quais são as possíveis formas que esse ramo normativo poderia colaborar para garantir a efetivação do Direito Humano ao Alimento?* Para responder a essa pergunta, pretende-se primeiramente detalhar os abusos econômicos perpetrados pela manutenção de um oligopólio na venda de sementes geneticamente modificadas e o seu impacto na garantia do Direito Humano ao Alimento, a fim de discutir, ao cabo, a necessidade de criação de regras antitruste internacionais que dialoguem com esse cenário e a sua possível abrangência.

Registra-se que para o desenvolvimento desse trabalho realiza-se uma revisão crítica da bibliográfica existente sobre a questão alimentar no âmbito dos Direitos Humanos e do Direito da Concorrência, a fim de que se possa, através do método indutivo, verificar a veracidade da hipótese de que o combate à insegurança alimentar é prejudicado pelas constantes práticas anticompetitivas dos fabricantes de sementes engenheiradas, as quais não são eficientemente combatidas, haja vista não apenas a limitação territorial dos Estados, como também a inexistência de um conjunto normativo próprio capaz de combater essa situação no âmbito internacional.

2. O Abuso do Poder Econômico pelos Fabricantes de Sementes e seus Impactos na Segurança Alimentar

No plano do Direito existe um conjunto de regras específicas destinadas a regular o mercado em prol do estabelecimento de um cenário verdadeiramente competitivo, obrigando “produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do seu preço de custo”, para favorecer a sociedade como um todo.²⁷² Trata-se do Direito da Concorrência, cuja ideia central é justamente estimular os operadores econômicos em dado

²⁷¹ SCIENTIFIC AMERICAN. Do seed companies control OGM crop research? Scientific American. Notícia veiculada em 20 jul. 2009. Disponível em: <www.scientificamerican.com/article/do-seed-companies-control-gm-crop-research/>. Acesso em: 22 ago. 2015; LEVITT, Tom. Revealed: how seed market is controlled by Monsanto, Syngenta, Bayer, Dow & DuPont. The Ecologist. Notícia veiculada em 7 out. 1010. Disponível em: <www.theecologist.org/News/news_round_up/625294/revealed_how_seed_market_is_controlled_by_monsanto_syngenta_bayer_dow_dupont.html>. Acesso em: 18 mai. 2015.

²⁷² ACARELLI, Túlio. Os contratos de cartel e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. In: Ensaios e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 223.

mercado a realizarem investimentos constantes, buscando aprimorar os seus produtos por meio de novas técnicas a fim de não só realizar a atividade econômica, como também promover o bem-estar social, sem restringir o acesso de novos competidores, de modo que, ao cabo, estimule-se uma alocação eficiente dos recursos orientada a realizar igualmente os anseios sociais – e não apenas aos fins lucrativos de determinado negócio.²⁷³

Noutros termos, tem-se que a criação de regras concorrências para manter sadia a disputa entre as empresas é um importante instrumento da política concorrencial dos Estados, cujas medidas objetivam “intensificar [e] valorizar o desafio dos mercados, inibindo tanto ações privadas como governamentais” voltadas a concentração predatória do ambiente de trocas, equilibrando-o, isto é, tornando-o mais equânime e justo.²⁷⁴ Afinal, a finalidade desse ramo do Direito é a construção de um mercado *competitivo*, onde “(i) todos os bens possuem seus preços equivalentes ao custo de produção, concedendo aos produtores e vendedores somente o lucro suficiente para preservar o investimento na indústria; e (ii) todas as pessoas que quiserem pagar esse preço poderão adquirir a mercadoria”.²⁷⁵

Equivocado está, portanto, aquele que pensa que o valor central dessas normas jurídicas seria a garantia do mercado em si, já que sem a efetiva concorrência entre os fabricantes (fornecedores do bem em sentido *lato*), não seria possível garantir àqueles que dependem dos produtos provenientes das trocas nesse espaço para a sua subsistência, tal como são os consumidores finais, a possibilidade de escolha (quaisquer que sejam as suas intenções – preço, componentes, origem, etc.).²⁷⁶ Isso, pois, quando se refere às sementes engenheiradas, são esses os indivíduos que mais sentem as consequências do monopólio de mercado, posto que sem alternativas, menores serão as informações que corroborarão para a uma decisão socialmente almejada.

Por isso que Calixto Salomão Filho exprime que “o único instrumento capaz de suprir essa carência informacional do consumidor é exatamente a concorrência”, haja vista que “só um sistema econômico baseado na concorrência [...] [poderia] transformar-se em função d[a] mudança” dos gostos ou necessidades destes.²⁷⁷ Em especial, quanto a tentativa de contornar

²⁷³ PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 355-357.

²⁷⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

²⁷⁵ MARQUES, Frederico do Valle M. Direito Internacional da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

²⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

²⁷⁷ *Idem*, p. 50.

os problemas atinentes à insegurança alimentar, pois, sem a competição, aquele que usufrui posição dominante no mercado se imporá no sentido de projetar tão-somente os seus interesses²⁷⁸ – sendo esse exatamente o problema hodierno no que tange as sementes transgênicas.

Primeiramente, necessário dizer que nem todos os consumidores tem preferência por alimentos provenientes de sementes geneticamente modificadas, sendo necessário que o mercado continue disponibilizando alimentos orgânicos para aqueles que assim o desejarem, acirrando, inclusive, a competição no setor alimentício. Em segundo lugar, considerando as diversas possibilidades que a engenharia genética possibilita, como a outrora mencionada inserção de novas propriedades nas sementes de modo que o alimento torne-se mais nutritivo, a própria competição entre as empresas no mercado de sementes transgênicas seria importante, seja no sentido de garantir a busca sadia por técnicas cada vez mais seguras ou escolher outros nutrientes necessários para uma dieta humana melhor, em detrimento de apenas serem desenvolvidos mecanismos para tornar a planta menos suscetível a pragas, em que pese isso não deixar de ser benéfico ao consumidor e a sua segurança alimentar.

Outrossim, o que se vislumbra não é um ambiente cujo raciocínio principal esteja direcionado à garantia da competição, mas sim a uma estrutura de mercado oligopolista²⁷⁹ – modelo esse que acaba propiciando a “conduta restritiva à concorrência entre os integrantes” do mercado pela manutenção intencional dos seus interesses em vantagem àqueles da sociedade/consumidores, prejudicando o bem-estar e a justiça social.²⁸⁰ Isso porque, três empresas controlam mais da metade do mercado mundial de sementes: *Monsanto* (com 26 por cento), *DuPont Pioneer* (com 18,2 por cento) e *Syngenta* (com 9,2 por cento), as quais conjuntamente faturam cerca de US\$18 bilhões por ano.²⁸¹

Apesar disso, importante referir que esse abuso da ordem econômica não pode ser auferido às patentes, posto que, como antes mencionado, elas têm como escopo assegurar ao inventor o direito sobre o produto de seu intelecto. Na verdade, a dificuldade está justamente

²⁷⁸ SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos Tribunais – Doutrina Civil*, São Paulo, a. 98, pp. 09-31, fev. 2009, p. 13.

²⁷⁹ O oligopólio “se caracteriza pela existência de um número reduzido de produtores num determinado mercado relevante ou, ainda, pela atuação de um número reduzido de produtores de grande porte, coexistindo com concorrentes bem menores, sem condições de alterar as condições do mercado”. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

²⁸⁰ NUSDEO, *op cit.*, p. 36.

²⁸¹ ARANDA, Darío. *Las Multinacionales del Agro*. Periódico Página 12. Notícia veiculada em 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-248242-2014-06-10.html>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

nas normas que visam delimitar as disputas entre os fabricantes, vez que as mesmas não estão impedindo a formação desses oligopólios extremamente prejudiciais à concorrência e, conseqüentemente, à segurança alimentar.

Logo, faz-se necessário aclarar essas condutas que propiciam a violação de diversas regras concorrenciais, como o abuso da posição dominante, a formação de cartéis e a realização de um ato de concentração econômica, os quais se debatem na sequência com base no Direito Concorrencial brasileiro – campo normativo pátrio inaugurado, sobretudo, pela Lei Federal n. 4.137 de 1962, o qual sofreu modificações substanciais a partir da introdução da Lei Federal n. 8.884 de 1994 no ordenamento jurídico, com a qual se buscou controlar os atos de concentração e tornar mais independente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e que hoje se encontra regulado pela Lei Federal n. 12.529 de 2011, que procurou melhorar as condições institucionais em prol do fomento de práticas mais competitivas.²⁸²

Acerca da primeira transgressão citada – o abuso da posição dominante – imperioso dizer que ela se refere ao comportamento monopolístico arbitrariamente adotado por uma empresa que se encontra em condição de superioridade econômica em relação às demais, de modo que a possibilidade de maximização dos lucros ou a redução da quantidade ofertada de certo produto (entre outros resultados econômicos plausíveis) reste evidente mesmo em um cenário mercadológico contraproducente, isto é, não favorável à adoção de determinadas medidas, pois, virtualmente seriam consideradas prejudiciais caso houvesse, de fato, concorrência em tal mercado.²⁸³

Portanto, ao agir de forma independente e autônoma, “neutralizando as forças normais que regeriam o mercado”, a empresa (ou grupo de empresas no caso de oligopólios) que detém essa posição altera unilateralmente o mercado, influenciando toda a cadeia à qual ela está inserida, “tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços”, excluindo seus concorrentes diretos de modo ilícito.²⁸⁴ No caso das sementes, observa-se esse abuso em especial pela empresa *Monsanto*, a qual, segundo a “sua principal rival, *DuPont Pioneer*, é a ‘guardiã única’ do mercado de sementes, controlando, por exemplo, 98% da comercialização de soja transgênica tolerante a herbicidas e 79% do milho, [...] da[ndo-

²⁸² Para uma evolução histórica do Direito Concorrencial Brasileiro, cf.: FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, cap. 2.

²⁸³ FORGIONI, *op cit.*, p. 269; SALOMÃO FILHO, *op cit.*, p. 219-221; PINHEIRO; SADDI, *op cit.*, p. 416.

²⁸⁴ FORGIONI, *op cit.*, p. 269 e 272; BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011. Art. 36, inc. IV e §2.

lhe] suficiente poder para determinar o preço das sementes, independente de seus competidores”.²⁸⁵

O próprio CADE já se expressou em sentido semelhante quando analisou uma cláusula de exclusividade constante no contrato de licenciamento de tecnologia entre a *Monsanto* e a *Syngenta*, afirmando que no mercado da biotecnologia não se gerariam produtos homogêneos, fazendo com que houvesse altos investimentos na tentativa de diferenciar e melhorar os produtos, em que pese a *Monsanto*, no referido caso, ser a única capacitada para melhorar as sementes de soja resistentes ao herbicida glifosato e concretamente deter o poder retardar o andamento das pesquisas e do desenvolvimento, deixando de difundir, se quisesse, o avanço tecnológico.²⁸⁶

Nesse viés, nota-se o prejuízo que um abuso da posição dominante poderia gerar no plano das sementes, dado que a intenção da empresa é justamente fazer com que seus produtos sejam resistentes a pragas e outros elementos químicos, posto que a sua intenção posteriormente é vender outros artigos, principalmente herbicidas, que sejam mais compatíveis com a estrutura modificada da semente.²⁸⁷ Quer isso dizer que a inclusão de nutrientes não seria um objetivo primário dessa empresa e tampouco ela sentir-se-ia obrigada a tomar um rumo distinto ao passo que ela domina o setor²⁸⁸, excluindo qualquer possibilidade de novas empresas firmarem-se nesse mercado.²⁸⁹

Nessas condições, tal como exprimem Nilson Luiz Costa e Antônio Cordeiro de Santana, observa-se que a “estrutura de mercado está dominada por poucas empresas”,

²⁸⁵ VIVAS, Esther. Monsanto, a semente do diabo. Carta Maior. Notícia veiculada em 25 jun. 2014. Disponível em: <www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Monsanto-a-semente-do-diabo/3/31252> Acesso em: 23 ago. 2015.

²⁸⁶ CADE. Ato de Concentração n. 08012.000311/2007-26. Conselheiro Rel. Luís Fernando Schuartz. Julgado em 25 jul. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

²⁸⁷ Acerca disso, ressalta Susana H. Olarte que “[e]l nuevo fenómeno de los ‘contratos de semillas’ estipula que marca de plaguicidas debe usar el agricultor que vende también en exclusiva la empresa productora de la semilla transgénica en cuestión, con lo que se crea una relación de dependencia a corto, medio y largo plazo con la multinacional ofertante, dado que la tierra necesita después seguir cultivando la misma semilla transgénica que se empezó a plantar”, tornando os agricultores dependentes das empresas que produzem tais sementes. OLARTE, Susana Herrero. Los alimentos transgénicos como bienes públicos globales. Suma de Negocios, Madrid, v. 5, n. 10, pp. 59-66, oct. 2014, p. 65. Ademais, sobre os herbicidas, cf.: MAIA, Samantha. Sementes da Discórdia. Carta Capital. Notícia veiculada em 05 nov. 2013. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/revista/770/sementes-da-discordia-3037.html>. Acesso em: 23 ago. 2015; ARANDA, *op cit.*, p. 01-02.

²⁸⁸ Note-se que a Monsanto apenas em 2012 iniciou estudos destinados a incluir nutrientes em hortifrúteis em razão das quedas de vendas, em especial no mercado Europeu, deixando seus carros-chefes – milho e soja – ainda “intactos” à essa melhora nutricional. BERRY, Ian. Monsanto quer expandir domínio no setor de hortifrúteis. Valor Econômico. Notícia veiculada em 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/510933-monsanto-quer-expandir-dominio-no-setor-de-hortifrutis>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

²⁸⁹ BRANCHER, Paulo. Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: da inovação tecnológica ao Abuso de Poder. São Paulo: Singular, 2010, p. 87.

contando com barreiras seja no que tange ao registro de patente ou na própria intenção dos empresários, as quais “impedem a entrada livre de empresas concorrentes, tende[ndo] a resultar [na] elevação [d]os lucros dessas empresas, em nível superior ao normal, uma vez que a falta de concorrência força a sociedade a adquirir o produto ofertado pela empresa dominante”, terminando por consolidar “o domínio de mercado de empresas de alcance global, a exemplo da Monsanto”.²⁹⁰

Ademais, oriunda dessa lógica de dominação mercadológica, multiplica-se a probabilidade dessas empresas firmarem acordos com os demais agentes econômicos a fim de manipularem o mercado, propiciando o referido abuso de poder.²⁹¹ Trata-se, na realidade, de outra forma de infringir a ordem econômica, a qual contempla a assinatura de acordos destinados a combinar, manipular ou ajustar com um concorrente, sob qualquer forma, os preços de bens e a produção/comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens, a fim de eliminar-se a concorrência.²⁹²

Como explica Paula A. Forgioni, “[t]radicionalmente, os acordos restritivos da concorrência são divididos entre acordos verticais e horizontais, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes”.²⁹³ Os primeiros referem-se ao ato de concentração “que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos distintos [...] [dentro] da mesma cadeia produtiva”; já os segundos estão atrelados ao ato de concentração “que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto [...] em um determinado mercado relevante”.²⁹⁴

Cenários esses que são plenamente plausíveis, haja vista o próprio histórico da *Monsanto* no que tange a concentração econômica no mercado dos Estados Unidos. Trata-se especificamente ao caso *Monsanto v. Spray-Rite*, julgado pela Suprema Corte americana em 1984, em que a empresa foi acusada de formar um cartel para a sustentação dos preços de revenda de um herbicida – ação essa em que se sedimentou a impossibilidade de o fabricante fixar preços verticalmente, isto é, em relação aos seus distribuidores, de modo que se o

²⁹⁰ COSTA, Nilson L.; SANTANA, Antônio Cordeiro da. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. Revista de Ciências Agrárias, Belém, v. 56, n. 1, pp. 61-68, jan./mar. 2013, p. 62.

²⁹¹ FORGIONI, *op cit.*, p. 321.

²⁹² BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011. Art. 36, §3, inc. I, alíneas 'a' e 'b'.

²⁹³ FORGIONI, *op cit.*, p. 323.

²⁹⁴ PINHEIRO; SADDI, *op cit.*, p. 417.

revendedor falhar na manutenção do preço, essa não seria uma justificativa plausível para romper-se o contrato de fornecimento unilateralmente.²⁹⁵

Ademais, notícias tem sido reportadas no sentido de que *Monsanto e DuPont Pioneer* (detentoras de 60% do mercado norte-americano) teriam controlado preços de sementes de milho e soja transgênicas entre os anos de 1995 e 1999, nos Estados Unidos.²⁹⁶ Do mesmo modo, em que pese não envolverem especificamente o setor de sementes, atos de concentração no setor agroalimentar são igualmente evidentes na Europa, onde entre 2004 e 2011, do total de 182 investigações relativas a práticas anticoncorrenciais, 50 delas envolviam a formação de cartéis, dentre os quais 49% eram relacionados à acordos horizontais, principalmente no setor de cereais, e 19% à acordos verticais, ligados em grande parte ao processamento industrial e às vendas.²⁹⁷ Logo, observa-se que essa prática não é tão obsoleta no mercado relevante em apreço, de modo que, atualmente, não poderia haver um descuido quanto à aplicação das regras concorrenciais relativas à cartéis na própria cadeia alimentar.

Por fim, em relação ao terceiro ato citado de abuso do poder econômico, ou seja, a realização de um ato de concentração econômica, ressalta-se que essa é uma ação em voga hodiernamente. Ela se refere ao aumento de riqueza limitado a um determinado agrupamento societário, o qual é constituído quando se atribui um grande aumento de poder econômico a um ente em razão de um ato de concentração levado a cabo “por meio de fusão ou de incorporação de empresas”, implicando na participação expressiva no mercado relevante²⁹⁸ ou registrando um faturamento bruto anual significativo²⁹⁹.³⁰⁰

Acerca disso, recentemente, viu-se diversas tentativas da *Monsanto* em adquirir empresas que atuam no mesmo mercado relevante que ela, isto é, no de sementes transgênicas.

²⁹⁵ US SUPREME COURT. *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* Julgado em 20 mar. 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/752/>> . Acesso em 23 ago. 2015.

²⁹⁶ BORGER, Julian. *Monsanto Accused of Price-fixing.* The Guardian. Notícia veiculada em 7 jan. 2004. Disponível em: <www.theguardian.com/science/2004/jan/07/gm.food>. Acesso em: 23 ago. 2015.

²⁹⁷ SCHMIDT, Jens Peter. *Antitrust Developments in the Food Sector in the EU.* European Competition Law Review, London, v. 34, n. 5, pp. 274-279, 2013, p. 275.

²⁹⁸ Conforme a lei de concorrência pátria, “[s]erão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”. BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011. §5.

²⁹⁹ De acordo com a lei brasileira, “[s]erão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011. Art. 88, inc. I e II.

³⁰⁰ FORGIONI, *op cit.* p. 355; PINHEIRO; SADDI, *op cit.*, p. 417.

Trata-se da tentativa de incorporar a *Syngenta*, uma de suas principais concorrentes, avaliada em US\$ 35 bilhões, por um valor na casa de US\$ 45 bilhões (ou cerca de US\$ 486,20 por ação, das quais 45% seriam pagas à vista) – oferta que fora rechaçada pelo Conselho de Administração da empresa em 2014 e novamente em 2015.³⁰¹

Caso essa negociação vingasse, “juntas, a *Monsanto* e a *Syngenta* deteriam 42% do mercado de pesticidas na América do Norte, 28% na América Latina e 25% na Europa e Oriente Médio”.³⁰² No que tange as sementes, enquanto a *Syngenta* possui 9,2% de participação das sementes mundiais, a *Monsanto* contribui com 26% das vendas, fazendo com que ambas detivessem cerca de um terço do mercado relevante, cujo desdobramento, sem sombra de dúvidas, seria prejudicial à segurança alimentar.³⁰³

Além disso, esse seria um caso envolvente para o CADE (e outras agências destinadas a defender a política concorrencial de outros países) determinar a ocorrência de um ato de concentração econômica horizontal com amplitude internacional. Isso, pois, inexistente uma unificação legislativa no plano internacional que forneça uma única resposta e centralize a avaliação de atos privados em uma única estrutura e/ou ordenamento.

Aliás, partindo desse cenário e considerando que o “direito reassume aquele papel redistributivo ou garantidor de igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu” a partir das regras concorrenciais³⁰⁴, torna-se relevante analisar a real necessidade de construir-se um Direito Antitruste no plano internacional para conter essa “oligopolização” do mercado de sementes à nível internacional, o que será trabalhado no item a seguir.

3. A Adoção de um Acordo Antitruste no Plano Internacional: necessidade e (possível) abrangência diante da “oligopolização” do mercado de sementes.

³⁰¹ PRESSINOTT, Fernanda. Monsanto faz oferta hostil de compra da Syngenta, que rejeita proposta. Valor Econômico. Notícia veiculada em 08 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/agro/4042140/monsanto-faz-oferta-hostil-de-compra-da-syngenta-que-rejeita-proposta>>. Acesso em 21 mai. 2015; KASKEY, Jack. Monsanto in \$10 Billion Buyback After Syngenta Talks End. Bloomberg. Notícia veiculada em 25 jun. 2014. Disponível em: <www.bloomberg.com/news/articles/2014-06-25/monsanto-plans-buybacks-after-failed-syngenta-deal-talks>. Acesso em: 21 mai. 2015.

³⁰² BUNGE, Jacob. Syngenta volta a rejeitar Monsanto, mas agricultores ainda temem acordo. The Wall Street Journal. Notícia veiculada em 09 jun. 2015. Disponível em: <br.wsj.com/articles/SB10322638218938763374804581036404225988650>. Acesso em: 23 ago. 2015.

³⁰³ ARANDA, *op cit.*, p. 01.

³⁰⁴ SALOMÃO FILHO, *op cit.*, p. 51.

As sementes transgênicas e geneticamente modificadas, bem como a própria (in)segurança alimentar são exemplos concretos de como a globalização afeta a atual realidade mundial. Afinal, compreendida como o “processo no qual a vida social [...] é cada vez mais afetad[a] por influências internacionais”, a globalização envolve, entre outros fatores, o surgimento de novos hábitos de consumo, novas práticas estratégico-comerciais e novas formas de produção de bens, os quais modificam a realidade rapidamente e expõe não só a alta intensidade em que as interconexões entre os diversos povos se desenrolam na modernidade, como também a própria fragilidade jurídica do tempo do Direito.³⁰⁵

Como afirma Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “essas características implicam novos problemas para o Direito, sobretudo para o direito econômico, que se ocupa da ordenação do mercado e da implementação da política econômica do Estado”.³⁰⁶ Nesse sentido, denota-se a importância de novos tipos de regras visando a regulação e adaptação das atividades econômicas à cenários até então desconhecidos emergirem, incluindo-se no campo da concorrência.

No entanto, importante destacar que não basta a proliferação no interior dos Estados de regras destinadas ao tratamento de questões concorrenciais, haja vista existirem diversos casos anticompetitivos com amplitude internacional, os quais não se mostram suficientemente combatidos por normas adstritas à determinados territórios.³⁰⁷ Conforme retrata Augusto Jaeger Júnior, “a insuficiência de um direito nacional deve-se, em primeiro lugar, ao seu caráter nacional. Ela pode ser sintetizada em limites impostos pelo direito internacional, déficits de execução e limites inerentes à finalidade própria de um direito nacional”.³⁰⁸

Assim, em casos como o da *Monsanto, DuPont Pioneer e Syngenta*, as quais atuam para além dos limites soberanos de certos países, nota-se a essencialidade de adotar-se um Direito Internacional Antitruste, posto que o combate aos abusos do poder econômico perpetrados por empresas como estas não se mostra eficiente, fazendo com que os efeitos de determinadas condutas em certas localidades sejam sentidos em qualquer mercado no globo.

Registra-se que essas condutas têm sido combatidas na atualidade por teorias que garantem a “aplicação extraterritorial de [...] legislações [domésticas] de defesa da

³⁰⁵ HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 08-13; Cf. também.: JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Trad. Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 117; NUSDEO, *op cit.*, p. 138-139; OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.

³⁰⁶ NUSDEO, *op cit.*, p. 139.

³⁰⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 153.

³⁰⁸ *Idem*, p. 154.

concorrência”.³⁰⁹ Trata-se da aplicação da ‘teoria dos efeitos’, cuja origem remonta ao *Lotus Case*, submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional em 1927, envolvendo França e Turquia, em que se reconheceu, pela primeira vez, a jurisdição pautada no princípio da extraterritorialidade.³¹⁰

Noutros termos, a teoria dos efeitos “salienta a importância do critério dos efeitos sobre o comércio entre os Estados como principal fator para a caracterização de uma conduta restritiva da concorrência”, permitindo-se, nessa hipótese e por força do desenvolvimento das relações internacionais na era da globalização, a aplicação excepcional da legislação doméstica à fatos que ocorram fora da jurisdição tradicional de um país.³¹¹ Possibilidade essa largamente utilizada pelos Estados Unidos desde meados do século XX e que também encontra respaldo no ordenamento brasileiro, desde que cumprindo dois requisitos básicos, quais sejam, afetar o comércio brasileiro e encontrarem-se no território nacional os responsáveis por tal conduta.³¹²

Entretanto, essa teoria encontra diversos contratempos no que diz respeito a sua aplicabilidade. Dentre eles, o primeiro que merece destaque está relacionado à violação de princípios basilares do Direito Internacional, como a igualdade soberana entre os Estados e a ordem pública, os quais impediriam a adoção de atos que infringissem a aplicação compulsória da legislação local e a própria independência dos países.³¹³ Já o segundo, “deve-se ao caráter unilateral dos controles exercidos [pelo direito nacional]”, cujo problema está justamente na diversa gama de opções que cada país detém, as quais podem “gerar apreciações diferenciadas e soluções contraditórias sobre uma mesma operação”.³¹⁴

³⁰⁹ *Idem, loc. cit.*

³¹⁰ O referido julgado criou uma exceção ao método tradicional do direito internacional de aferir-se a competência a um determinado caso, isto é, com base no princípio da territorialidade (em relação ao local do dano – *lex loci delicti commissi*), permitindo a aplicação de leis domésticas a fatos ocorridos no exterior devido, sobretudo, ao caráter transnacional do caso, que envolvia um acidente com embarcações turcas e francesas que seguiam em direção à Turquia, cujo capitão considerado culpado pelo acidente (o francês) fora julgado em Constantinopla – sendo esse o motivo que fomentou a França à questionar na Corte a jurisdição turca. PCIJ. The case of the S.S. Lotus (France v. Turkey). Julgado em 7 set. 1927. Disponível em: <www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2015.

³¹¹ DAL RI JUNIOR, Arno. A Extraterritorialidade das normas “antitruste” da comunidade europeia. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84; no mesmo sentido: FORGIONI, *op cit.* p. 385.

³¹² OLIVEIRA; RODAS, *op cit.*, p. 376-381; BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011. Art. 2.

³¹³ FORGIONI, *op cit.* p. 389-392 (sobre a ordem pública e a criação de *blocking laws* objetivando “impedir a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras” no território nacional); MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: balanço e perspectivas. Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, v. 101, pp. 1047-1075, jan./dez. 2006, p. 1049 (sobre a soberania).

³¹⁴ JAEGER JUNIOR, *op cit.*, p. 155.

E mesmo havendo “consenso de que as práticas anticoncorrenciais podem ter efeitos negativos no comércio internacional, não existe, até hoje, um mecanismo multilateral de regulamentação e combate de tais práticas no plano internacional”.³¹⁵ Com isso, revela-se como imperiosa a adoção de critérios concorrenciais que possam “acompanhar a evolução das operações econômicas internacionais, fornecendo aos agentes econômicos a segurança jurídica necessária para realização de suas atividades no mercado global”.³¹⁶

A segurança jurídica materializa-se ao longo da história com o objetivo de assegurar a estabilidade das relações humanas, garantindo, com isto, a ordem na vida em sociedade. Em tempos líquidos, parafraseando Zygmunt Bauman³¹⁷, busca-se ao máximo evitar situações de incerteza e de desproteção, de modo que encontrar caminhos que evitem as ameaças e as inseguranças, permitindo uma situação de conforto, torna-se essencial para aplacar as angústias dos tempos pós-modernos e evitar possíveis convulsões sociais.

Assim, especialmente no mercado globalizado hodierno, a (garantia da) segurança torna-se o objetivo central de todos os campos das relações sociais – uma necessidade que se transpõe para todos os ramos, inclusive, para as ciências jurídico-sociais. Até mesmo porquê, o Direito é o “instrumento pensado e elaborado exatamente para que os homens sintam-se seguros nas relações havidas com os outros na *polis*”.³¹⁸

Por conseguinte, a segurança jurídica reveste todos os textos normativos editados em comunidade, sendo considerada um elemento central do ordenamento jurídico, de onde todos os institutos legais se projetam a fim de reger a vida em sociedade, trazendo certeza às relações sociais e, assim, atendendo as necessidades socioeconômicas em meio a globalização, mantendo a ordem com a proteção do direito objetivo, garantindo a estabilidade e a continuidade das relações humanas.³¹⁹ Nessa banda já advogava David Hume³²⁰ ainda no século XVIII ao prescrever que “não h[averia] possibilidade de se estabelecer boas relações entre os homens quando [as seguranças] são desprezadas”, sendo elas essenciais para a sustentação da

³¹⁵ *Idem*, p. 159.

³¹⁶ MARQUES, *op cit.*, p. 359.

³¹⁷ Cf. BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007; BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

³¹⁸ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 09.

³¹⁹ SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança Jurídica. In: Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 15-16.

³²⁰ GUIMARÃES, Livia. David Hume. In: BARRETO, Vicente de P. Dicionário de Filosofia Política. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 452-3.

sociedade. Afinal, “o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências direta dos atos e fatos” é essencial para a continuidade da vida pacífica.³²¹

Apesar de Bauman referir-se à segurança como uma forma de garantia frente à multiplicação das situações geradoras de medos, expressas por meio de constantes privações da sociedade de suas liberdades fundamentais, a sua solução é muito interessante: “para pessoas inseguras, desorientadas e assustadas pela instabilidade e transitoriedade do mundo que habitam, “a comunidade” parece uma alternativa tentadora. É um sonho agradável, uma visão do paraíso: de tranquilidade, segurança física e paz espiritual”.³²²

Paradoxalmente, transpondo essa situação para a temática concorrencial, a ‘comunidade’ de Bauman poderia ser o ordenamento jurídico em si, que, para evitar o caos, deveria dispor de mecanismos legais – no caso do presente artigo, as normas jurídicas antitruste – para preverem e prescrevem certas condutas esperadas pela maioria, as quais não poderiam ser alteradas pelos ordenamentos nacionais, sob pena de levantar indagações suficientes para por em cheque todo o conjunto.

Apesar disso, como ainda não há esse conjunto específico, as práticas abusivas do direito econômico com amplitude internacional ainda ocorrem, tal como contextualizado na parte anterior do presente texto acerca do mercado de sementes engenheiradas, o que traz mais “insegurança” para as relações econômicas internacionais. Afinal, não há nenhuma regra homogênea pré-estabelecida internacionalmente que faça com que a *Monsanto*, *DuPont Pioneer* e/ou *Syngenta* atuem em prol da sociedade, evitando práticas abusivas nesse mercado biotecnológico específico.

Além disso, para além da necessidade de se arquitetar normativas internacionais sobre o tema, é importante também debater a sua possível abrangência, a qual poderia ocorrer de quatro maneiras: (1) pela harmonização das políticas concorrenciais, (2) pela unificação do direito atinente à concorrência nos diversos Estados, (3) pela criação de redes colaborativas ou (4) pela edificação de um órgão supranacional, tal como expresso por Augusto Jaeger Junior e Paula A. Forgioni.³²³

No que corresponde a primeira hipótese, Frederico do Valle M. Marques entende que os processos de *harmonização* seriam

³²¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 433.

³²² BAUMAN, Zygmunt. Identidade: entrevistas a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p. 68.

³²³ JAEGER JUNIOR, *op cit.*, p. 160-242 (citando diversas outras propostas para um ‘Direito Internacional Antitruste’); FORGIONI, *op cit.*, p. 397-398.

[...] acordados, criados e estabelecidos diretivas, princípios e conceitos gerais em torno de determinada matéria, cabendo a cada um dos Estados participantes do processo tomar as providências internas necessárias para tornar possível cumprir e atingir os objetivos estabelecidos em tais diretivas, princípios e conceitos.³²⁴

Desta maneira, os Estados agiriam com base nas mesmas diretrizes, não havendo mais “grandes disparidades entre os sistemas”.³²⁵ Nesse ambiente, por exemplo, poder-se-ia citar a adoção dos mesmos *elementos de conexão* para a aplicação de uma determinada regra em um caso atinente às práticas anticompetitivas no mercado de sementes, tais como o princípio da *lex loci delicti commissi* ou da ‘teoria dos efeitos’, em detrimento da própria exceção de ordem pública. Com isso, ao menos, restringir-se-ia a aplicação unilateral das legislações, não havendo choques jurisdicionais entre os diversos Estados e, conseqüentemente, evitar-se-ia a criação de monopólios de sementes engenheiradas.

Considerando que a questão da harmonização poderia conduzir os pares a formação de acordos mais estreitos, a segunda hipótese estaria atrelada a unificação legislativa sobre o tema das sementes modificadas.³²⁶ Acerca disso, Augusto Jaeger Junior, ressaltando os ensinamentos de Vera Fradera, posicionou-se no sentido de que a uniformização não é um tema recente, mas que tem sido debatido justamente com a intenção de facilitar as relações econômicas entre os Estados.³²⁷

Em que pese ser essa uma solução interessante, sabe-se que a viabilidade da sua ocorrência é bem mais estreita do que a harmonização. Isso porque, ao trabalhar-se com a possibilidade de unificação, fomentar-se-ia a adoção de um mesmo conjunto de regras para os países interessados, sendo extremamente difícil unir os anseios de cada país para a criação de um documento específico de direito material, não só pelas diferenças culturais entre os diversos Estados, como também pelas próprias intenções dos mesmos em abrir mão de parcela de sua soberania sobre um tema comum, por mais que hodiernamente fale-se no papel primordial dos Direitos Humanos na sociedade como um todo.³²⁸ Noutros termos, a unificação legislativa em matéria concorrencial fulcrada na garantia da segurança alimentar (a qual se sustenta no Direito Humano ao Alimento), seria um argumento palpável para os Estados aglutinarem as suas vontades em um texto normativo mundial comum, em que pese ser ínfima a possibilidade real de tal acordo se materializar.

³²⁴ MARQUES, *op cit.*, p. 250.

³²⁵ FORGIONI, *op cit.*, p. 397.

³²⁶ MARQUES, *op cit.*, p. 250.

³²⁷ JAEGER JUNIOR, *op cit.*, p. 160.

³²⁸ JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. Recueil des Cour de l’Academie de Droit International, Haye, v. 282, 2000.

Quanto ao terceiro elemento possível para a concretização de regras concorrenciais internacionais, Paula A. Forgioni cita a “celebração de tratados visando à colaboração das autoridades antitruste”, demandando uma maior colaboração administrativa e judicial entre as diferentes agências responsáveis pela administração do mercado em termos competitivos.³²⁹ Cooperação essa que tenderia a “aumentar especialmente [a] troca de informações (confidenciais e não-confidenciais), impressões, técnicas, bem como coordena[r] eventuais remédios e *timing* do julgamento”, onde a *International Competition Network* (ICN), instituição independente estruturada no ano de 2001, ganha destaque por buscar suprir a ausência de uniformidade entre as regras concorrenciais dos diversos Estados, apesar de não haver notícia do seu envolvimento com questões abarcando a *Monsanto, DuPont Pioneer* e/ou *Syngenta*.³³⁰

Ao fim e ao cabo, tal como sugerido por Paula A. Forgioni, a edificação de um órgão supranacional seria igualmente benéfica para a garantia da segurança jurídica no que tange ao direito concorrencial, posto que esse seria um mecanismo propício e competente “para julgar questões internacionais antitruste e ditar as pautas de interpretação a serem seguidas pelos tribunais nacionais” quando diante de abusos do poder econômico nos seus territórios.³³¹ Talvez, essa seja a proposta mais interessante e mais palpável de se concretizar, haja vista a desnecessidade de convergência prévia quanto as normas materiais ou indicativas, como também a crescente tendência de institucionalizar-se o Direito Internacional, por meio da criação de organizações internacionais para aplicar, fiscalizar e conduzir as relações em certos assuntos, como seria o caso das sementes engenheiradas.

Portanto, em que pese alguns autores crerem que essas sugestões seriam apenas soluções paliativas para o problema, posto que “não se eliminaria por completo a possibilidade de os Estados recorrerem à extensão das jurisdições” quando melhor lhe conviesse³³², a utilização/aplicação dessas quatro possíveis maneiras de se conjecturar normativas internacionais sobre o tema da concorrência poderiam tornar mais factível a ideia de segurança jurídica, a qual se faz necessária no ambiente globalizado hodierno em que a garantia da segurança alimentar se torna imperativa para a subsistência de diversas comunidades.

³²⁹ FORGIONI, *op cit.*, p. 397.

³³⁰ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**, Curitiba, v. 10, n.1, pp. 97-104, 2013, p. 100 e 103; cf. também: JAEGER JUNIOR, *op cit.*, p. 189.

³³¹ FORGIONI, *op cit.*, p. 398.

³³² JAEGER JUNIOR, *op cit.*, p. 400.

4. Conclusão

O presente trabalho tinha como objetivo central debater a questão da segurança alimentar a partir das normativas do Direito Antitruste, de modo a não apenas ressaltar as origens e a existência do Direito ao Alimento, como também verificar os meios pelos quais as regras concorrenciais têm colaborado para a reversão da corrente situação de insegurança alimentar global e expor os limites desse ramo do Direito.

Nesse aspecto, o escrito defendeu que o Direito Humano ao Alimento encontra grandes restrições hodiernamente no que tange à sua efetividade em função da crescente insegurança alimentar, a qual não é apenas consequência da falta de qualidade nutricional e sanitária desses bens, como também de outros fatores, tal como a própria “oligopolização” do mercado de sementes, privando não só que a concorrência natural entre os diversos produtores se mantenha (como no caso produtos orgânicos e transgênicos), mas também que a própria biotecnologia seja utilizada em benefício do homem e em razão das suas necessidades (em detrimento apenas das vontades lucrativas de certas empresas). Afinal, teceu-se que uma possibilidade para aumentar os níveis de nutrientes nos alimentos, tornando-os mais enriquecidos a fim de se atingir as metas calóricas necessárias para uma vida digna, seria uma opção para atingir-se a segurança alimentar.

Com isso, asseverou-se sobre o papel das regras concorrências para a manutenção da disputa sadia entre as empresas no mercado das sementes geneticamente modificadas e/ou transgênicas, as quais teriam como objetivo maior evitar atos de concentração predatória, em prol do bem-estar da sociedade. Noutros termos, trabalhou-se com a possibilidade das regras concorrenciais serem benéficas e necessárias para que a segurança alimentar por meio da biotecnologia possa se desenvolver, de modo que as empresas sintam a necessidade de constantemente buscar inovações e técnicas eficientes para manter-se no mercado.

Apesar disso, anotou-se que constantemente as empresas fabricantes de sementes geneticamente modificadas e/ou transgênicas – em especial a *Monsanto* – violam o Direito Concorrencial a partir de práticas como o abuso da posição dominante, a formação de carteis e a realização de atos de concentração econômica, os quais invariavelmente impedem que o consumidor final, isto é, aquele que depende dos produtos provenientes das trocas ocorridas nesse mercado para a sua existência (e não apenas subsistência), possa recorrer a inovações biotecnológicas para garantir o seu alimento.

Ademais, constatou-se que ao lado dessas práticas abusivas do poder econômico cometidas por esses fabricantes, outro aspecto negativo é justamente o impacto por elas causadas no mercado *mundial* de sementes. Noutros termos, destacou-se que as atividades dessas empresas têm amplitude internacional, não sendo restritos ao mercado brasileiro os problemas atinentes as suas condutas anticompetitivas, prejudicando ainda mais a possibilidade de se combater essa conjuntura de insegurança alimentar por meio da produção de sementes mais ricas nutritivamente. Em vista disso, salientou-se a necessidade de se adotar medidas que tornassem as regras concorrências entre os diversos Estados mais próximas, apontando quatro possíveis mecanismos para se atingir tal finalidade.

Entretanto, ao cabo, pode-se asseverar que de nada adianta a existência de uma tecnologia avançada e voltada ao bem-estar da sociedade, se o não há um mercado livre de práticas anticompetitivas para que essa tecnologia seja de fato usufruída de modo equânime e justo entre os diversos sujeitos. Nesse viés, engana-se aquele que entende que o problema está no direito à propriedade intelectual, posto que não é esse direito personalíssimo do inventor que vai impedir o desenvolvimento e o uso de alimentos mais nutritivos e resistentes à pragas, mas sim a falta de ação do próprio Estado para impedir que apenas um sujeito busque comercializar esse tipo de técnica, impedindo que outros criem inovações semelhantes.

Logo, nota-se a importância do Direito da Concorrência para garantir que essas novas práticas, uma vez aprovadas pelas autoridades sanitárias competentes, possam ser usufruídas em prol da sociedade como um todo, não descartando a necessidade de um documento internacional para amparar as decisões dos Estados quanto ao combate às práticas que abusem do poder econômico, sem que elas sejam tornadas sem efeito em outros ordenamentos jurídicos nacionais, evitando-se, dessa maneira, que condutas com amplitude internacional venham a se beneficiar em certos ambientes domésticos e gerem mais insegurança jurídica.

Faz-se necessário referir, por fim, que o Direito Humano ao Alimento deve ser buscado por todos os Estados – obrigação essa que advém da sua natureza enquanto direito humano. Portanto, é dever dos Estados buscar mecanismos para que haja o acesso da população ao alimento nutritivo e saudável, onde se podem incluir as próprias regras concorrenciais. De certa forma, reconhecendo a existência dessa obrigação, os Estados deveriam cooperar mais em prol do debate e da confecção de novos acordos com o fito de tornar o mercado mais competitivo e seguro para todos.

5. Referências

ACARELLI, Túlio. Os contratos de cartel e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. In: Ensaios e Pareceres. São Paulo: Saraiva, 1952.

ARANDA, Darío. Las Multinacionales del Agro. Periódico Página 12. Notícia veiculada em 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-248242-2014-06-10.html>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade: entrevistas a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERRY, Ian. Monsanto quer expandir domínio no setor de hortifrútiis. Valor Econômico. Notícia veiculada em 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/510933-monsanto-quer-expandir-dominio-no-setor-de-hortifrutis>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

BORGER, Julian. Monsanto Accused of Price-fixing. The Guardian. Notícia veiculada em 7 jan. 2004. Disponível em: <www.theguardian.com/science/2004/jan/07/gm.food>. Acesso em: 23 ago. 2015.

BRANCHER, Paulo. Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: da inovação tecnológica ao Abuso de Poder. São Paulo: Singular, 2010.

BRASIL. Lei Federal n. 11.105. Sancionada em 24 mar. 2005.

BRASIL. Lei Federal n. 12.529. Sancionada em 30 nov. 2011.

BRASIL. Lei Federal n. 9.279. Sancionada em 14 mai. 1996.

BUNGE, Jacob. Syngenta volta a rejeitar Monsanto, mas agricultores ainda temem acordo. *The Wall Street Journal*. Notícia veiculada em 09 jun. 2015. Disponível em: <http://br.wsj.com/articles/SB10322638218938763374804581036404225988650>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

CADE. Ato de Concentração n. 08012.000311/2007-26. Conselheiro Rel. Luís Fernando Schuartz. Julgado em 25 jul. 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Curitiba, v. 10, n.1, pp. 97-104, 2013.

COSTA, Nilson L.; SANTANA, Antônio Cordeiro da. Poder de mercado e desenvolvimento de novas cultivares de soja transgênicas e convencionais: análise da experiência brasileira. *Revista de Ciências Agrárias*, Belém, v. 56, n. 1, pp. 61-68, jan./mar. 2013.

DAL RI JUNIOR, Arno. A Extraterritorialidade das normas “antitruste” da comunidade europeia. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). *Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAO. *Targets and Indicators for the Post-2015 Development Agenda and the Sustainable Development Goals*. Rome, jun. 2014, p. 4-5. Disponível em: www.fao.org/fileadmin/user_upload/post-2015/FAO_TI_14_themes_24_06_2014.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2015.

FAO. *World agriculture: Towards 2015/2030*. Rome: FAO, 2002.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCIONI, Francesco; SCOVAZZI, Tullio. Biotechnology and International Law. Portland: Bloomsbury Pub., 2006.

FRIEDRICH, Tatyana S. Propriedade Intelectual em Biotecnologia. In: Costa, Marco Antonio F.; COSTA, Maria de Fátima B. (orgs.). Biossegurança de OGM: uma visão integrada. Rio de Janeiro: Publit, 2009.

GARCIA, Selemara Berckembrock F. Proteção das Cultivares e das Plantas Transgênicas. Revista Faz Ciência, Francisco Beltrão, v. 6, n. 1, pp. 275-295, 2004.

GUIMARÃES, Livia. David Hume. In: BARRETO, Vicente de P. Dicionário de Filosofia Política. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

HELD David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Direito Internacional da Concorrência. Curitiba: Juruá, 2008.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. Recueil des Cour de l'Academie de Droit International, Haye, v. 282, 2000.

JOHNSON, Allan G. Dicionário de Sociologia. Trad. Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KASKEY, Jack. Monsanto in \$10 Billion Buyback After Syngenta Talks End. Bloomberg. Notícia veiculada em 25 jun. 2014. Disponível em: <www.bloomberg.com/news/articles/2014-06-25/monsanto-plans-buybacks-after-failed-syngenta-deal-talks>. Acesso em: 21 mai. 2015.

LEVITT, Tom. Revealed: how seed market is controlled by Monsanto, Syngenta, Bayer, Dow & DuPont. *The Ecologist*. Notícia veiculada em 7 out. 2010. Disponível em: <www.theecologist.org/News/news_round_up/625294/revealed_how_seed_market_is_controlled_by_monsanto_syngenta_bayer_dow_dupont.html>. Acesso em: 18 mai. 2015.

MAIA, Samantha. Sementes da Discórdia. *Carta Capital*. Notícia veiculada em 05 nov. 2013. Disponível em: <www.cartacapital.com.br/revista/770/sementes-da-discordia-3037.html>. Acesso em: 23 ago. 2015.

MARQUES, Frederico do Valle M. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: balanço e perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo*, v. 101, pp. 1047-1075, jan./dez. 2006.

NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar (Biossegurança de plantas transgênicas). *Revista Nutrição, Campinas*, v.16, n.1, pp. 105-116, jan./mar. 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLARTE, Susana Herrero. Los alimentos transgênicos como bienes públicos globales. *Suma de Negócios, Madrid*, v. 5, n. 10, pp. 59-66, oct. 2014.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PCIJ. The case of the S.S. Lotus (France v. Turkey). Julgado em 7 set. 1927. Disponível em: <www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SAADI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRESSINOTT, Fernanda. Monsanto faz oferta hostil de compra da Syngenta, que rejeita proposta. Valor Econômico. Notícia veiculada em 08 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/agro/4042140/monsanto-faz-oferta-hostil-de-compra-da-syngenta-que-rejeita-proposta>>. Acesso em 21 mai. 2015.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHMIDT, Jens Peter. Antitrust Developments in the Food Sector in the EU. European Competition Law Review, London, v. 34, n. 5, pp. 274-279, 2013.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. Revista dos Tribunais – Doutrina Civil, São Paulo, a. 98, pp. 09-31, fev. 2009.

SCHNEIDER, Patricia M. Segurança Alimentar e o Princípio da Informação sobre Alimentos Geneticamente Modificados. In: BRAUNER, Maria Claudia; LIEDKE, Monica; SCHNEIDER, Patrícia M. Biotecnologia e Direito Ambiental. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.

SCIENTIFIC AMERICAN. Do seed companies control OGM crop research? Scientific American. Notícia veiculada em 20 jul. 2009. Disponível em: <www.scientificamerican.com/article/do-seed-companies-control-gm-crop-research/>. Acesso em: 22 ago. 2015.

SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança Jurídica. In: Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEN, Christoph; TIPPE, Ruth. The Future of Seeds and Food: under the growing threat of patents and market concentration. Abr., 2009, 31p. Disponível em: http://no-patents-on-seeds.org/images/documents/report_future_of_seed_en.pdf>. Acesso em 22 ago. 2015.

US SUPREME COURT. Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. Julgado em 20 mar. 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/752/>> . Acesso em 23 ago. 2015.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. Biossegurança e Biodiversidade: contexto científico e regulamentar. Bleo Horizonte. Del Rey, 1998.

VIVAS, Esther. Monsanto, a semente do diabo. Carta Maior. Notícia veiculada em 25 jun. 2014. Disponível em: <www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Monsanto-a-semente-do-diabo/3/31252> Acesso em: 23 ago. 2015.

ZIEGLER, Jean; GOLAY, Christophe; MAHON, clarie; WAY, Sally-Anne. The Right for the Right to Food. Geneva: Palgrave Macmillan, 2012.

ZIMMERMANN, Cirlene L. Monocultura e Transgenia: impactos ambientais e insegurança alimentar. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, pp. 79-100, jul./dez. 2009.

Os Novos Rumos do Direito Antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a Consolidação da Cooperação Internacional na Região

Marcelo Cesar Guimarães³³³

RESUMO

Este artigo visa analisar o tratamento conferido pelo MERCOSUL ao Direito Antitruste. Para tanto, após uma breve referência à necessária internacionalização do Direito da Concorrência, será examinada a cooperação internacional na matéria, ressaltando a forma pela qual o Brasil tem atuado no tema. Em seguida, será apresentada a evolução da regulamentação da concorrência no MERCOSUL, com foco na tentativa do Protocolo de Defesa da Concorrência em estabelecer um sistema antitruste regional. Posteriormente, serão demonstradas as novas tendências no tratamento da temática, conferindo-se destaque ao Acordo de Defesa da Concorrência, o qual será minuciosamente analisado. Finalmente, será feita uma avaliação do aludido Acordo, indicando os desafios que a cooperação na região deverá enfrentar para que possa produzir frutíferos resultados.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência em Espaços de Integração Regional; MERCOSUL; Cooperação Internacional; Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL.

ABSTRACT

This article aims to analyze the framework of Antitrust Law in the Southern Common Market (MERCOSUR). To this end, after a brief reference to the necessary internationalization of Competition Law, international cooperation in this field will be examined, highlighting how Brazil has acted on this subject. Then, it will be presented the developments of competition regulation in MERCOSUR, focusing on the attempt by the Competition Defense Protocol to establish a regional antitrust system. Subsequently, the latest trends in the treatment of the theme will be demonstrated, emphasizing the Agreement for the Protection of Competition, which will be thoroughly analyzed. Finally, an evaluation of the aforementioned Agreement will be done, indicating the challenges that cooperation in the region is likely to face in order to produce fruitful results.

Keywords: Competition Defense in Regional Integration Spaces; MERCOSUR; International Cooperation; Agreement for the Protection of Competition of the MERCOSUR.

Classificação JEL: K21; K33; F02; F15

³³³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco (FDR/UFPE). Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Pesquisador integrante dos grupos de pesquisa “Integração Regional, Globalização e Direito Internacional” e “Núcleo de Estudos de Política Comparada e Relações Internacionais – NEPI”, ambos da UFPE. E-mail: marcelocgui@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A internacionalização das atividades econômicas e a necessidade de um direito internacional da concorrência; 3. A cooperação bilateral como o mecanismo mais eficiente para a internacionalização do Direito Antitruste; 4. A defesa da concorrência em espaços de integração regional: a tentativa de estabelecimento de um sistema antitruste no MERCOSUL; 5. A Consolidação dos mecanismos de cooperação internacional em matéria antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência; 5.1 Antecedentes; 5.2 O Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL; 6. Avaliação do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e os desafios para a cooperação na região; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

As últimas décadas têm sido marcadas pela internacionalização das atividades econômicas, com a consolidação das empresas transnacionais como os principais atores da economia. Consequentemente, os problemas enfrentados pelo Direito da Concorrência assumem feições internacionais, como, por exemplo, a formação de cartéis transnacionais e a realização de fusões transfronteiriças. Diante disso, os direitos antitruste nacionais tornam-se limitados, por não terem como enfrentar questões que ultrapassam suas fronteiras. Assim, as preocupações concorrenciais são também internacionalizadas, de sorte a ser imperioso o desenvolvimento de um direito internacional da concorrência.

Sob esse prisma, a referida internacionalização do direito antitruste vem sendo mais exitosa através do estabelecimento de acordos de cooperação bilateral entre as autoridades antitruste, que estabelecem mecanismos de notificações de práticas anticompetitivas e trocas de informações. Por outro lado, têm-se proliferado, também, os processos de integração regional, muito dos quais introduzindo regras referentes à defesa da concorrência numa perspectiva regional.

Nesse contexto, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) tentou criar um sistema antitruste regional, através do Protocolo de Defesa da Concorrência, o qual estabeleceu regras comuns aos Estados-Partes, definindo, por exemplo, a competência dos órgãos regionais, os ilícitos a serem combatidos, o procedimento a ser seguido para a apuração e repressão às práticas, além de sanções.

Todavia, apesar de representar um marco no tratamento do tema no referido bloco econômico, o aludido Protocolo nunca foi posto em prática. Muito de tal fracasso pode ser

atribuído à ambição do documento, que buscou introduzir algo para o qual o MERCOSUL ainda não estava preparado.

Dessa forma, depois da estagnação na implementação do Protocolo, o foco no tratamento do antitruste na região foi alterado, passando-se a concentrar na cooperação internacional realizada através das autoridades da concorrência dos Estados-Partes. Após a adoção de dois entendimentos sobre a matéria, em 2004 e 2006, foi aprovado, em 2010, o Acordo de Defesa da Concorrência, o qual, revogando o Protocolo, é o diploma que atualmente disciplina o antitruste no MERCOSUL.

O mencionado Acordo, adotando uma proposta mais realista, visa estruturar uma sólida rede de cooperação entre as autoridades antitruste nacionais no que se refere ao tratamento de práticas anticompetitivas transfronteiriças, institucionalizando e aprofundando os mecanismos anteriormente introduzidos. Ademais, o Acordo vai ao encontro das tendências internacionais no tratamento da matéria, quais sejam, o fortalecimento da cooperação internacional e o reconhecimento das autoridades da concorrência como os protagonistas dessa interação.

Diante disso, para se entender o atual momento do antitruste no MERCOSUL, é preciso analisar, de modo mais acurado, como funciona a cooperação internacional na matéria, além de realizar uma retrospectiva do trato da concorrência no referido bloco regional, com destaque ao disciplinamento pretendido pelo Protocolo de Defesa da Concorrência. Só então será possível compreender as razões que levaram à adoção do Acordo de Defesa da Concorrência e os objetivos por este visados.

2. A internacionalização das atividades econômicas e a necessidade de um direito internacional da concorrência

O mundo contemporâneo é marcado por um movimento de transformação política, social e econômica, o qual é consequência da Segunda Guerra Mundial e produziu uma intensificação do processo de globalização, mormente a partir da década de 1990. Dentre essas modificações, está a internacionalização da atuação de empresas privadas, as quais gradativamente vão deixando de se limitar ao mercado interno e passam a se engajar no comércio internacional, em busca de mercados mais amplos e de fontes de matéria-prima ou de

mão-de-obra de custo mais baixo³³⁴. Nesse sentido, há a consolidação da empresa transnacional, a qual passa a ser o agente mais ativo da economia global³³⁵.

Dessa forma, as empresas estão atuando, cada vez mais, numa perspectiva internacional, regional ou global, fenômeno que Irineu Strenger denomina de desterritorialização das atividades econômicas³³⁶. Diante disso, o poder econômico das grandes empresas exerce uma grande influência no mercado, o que gera inúmeras consequências para a sociedade, especialmente quando tais agentes passam a ditar as regras e condições de comercialização de seus produtos e serviços, prejudicando a livre concorrência, restringindo direitos e prejudicando o consumidor³³⁷. Assim, crescem exponencialmente os problemas relacionados à concorrência que transcendem as fronteiras nacionais, como cartéis internacionais e fusões e aquisições transnacionais.

Sob esse prisma, cabe ressaltar que o conjunto das atividades das empresas transnacionais não é passível de controle pelo Estado, tendo em vista o conflito direto entre a nova realidade, representada por aquelas entidades, cujas operações são destituídas de barreiras geográficas, e o tradicional sistema do Estado-Nação, com as limitações naturais decorrentes de suas fronteiras nacionais. Desse modo, os institutos e instrumentos estabelecidos no seio do direito interno não mais respondem satisfatoriamente a um quadro que ultrapassa as fronteiras estatais para projetar-se globalmente³³⁸.

Por outro lado, a insuficiência ou impropriedade dos direitos nacionais no tratamento de questões de amplitude internacional não gerou uma abdicação de direitos. Ao revés, tem-se constatado uma multiplicação de direitos da concorrência nos últimos anos, tendo em vista que os Estados passaram a reconhecer a necessidade do Direito Antitruste como modo de garantir a abertura e o livre mercado, a proteção dos consumidores e a prevenção de condutas que impeçam a concorrência³³⁹.

³³⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional – Tendências e Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 185/186.

³³⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 28.

³³⁶ STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr, 1998. p. 232/234. *Apud* JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 149/150.

³³⁷ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

³³⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34.

³³⁹ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 156/157. O referido autor ressalta que, em 2008, havia aproximadamente cem Estados com legislações antitruste, dentre as quais dois terços entraram em vigor na década de 1990.

Paralelamente a isso, verifica-se, também, o fenômeno da internacionalização das preocupações concorrenciais³⁴⁰, de sorte que tais questões passam a receber tratamento também em âmbito internacional. Ora, tendo em vista que os direitos nacionais não são mais aptos a regular condutas cujos efeitos ultrapassam as fronteiras de um Estado, fica evidente a necessidade de se estabelecer um direito internacional da concorrência³⁴¹.

Entretanto, não há um consenso sobre a forma pela qual tal pretensão de direito seria concretizada, havendo inúmeras discussões sobre a questão. Todavia, embora reconhecendo a simplificação (e, em consequência, a menor precisão científica), é possível agrupar em quatro as propostas para o desenvolvimento de um Direito da Concorrência internacionalizado: as unilaterais, as bilaterais, as multilaterais e as regionais³⁴².

As propostas unilaterais visam a aplicação da legislação antitruste nacional às condutas praticadas no exterior, mas que produzem efeitos dentro do território estatal. Trata-se da aplicação extraterritorial do Direito da Concorrência, com fundamento na teoria dos efeitos. Tais proposições encontram inúmeras limitações, sobretudo em relação à execução das decisões, bem como ao fato de que não são hábeis a resolver os problemas de fundo³⁴³.

As proposições bilaterais, a seu turno, objetivam a assinatura de acordos bilaterais de cooperação, com vistas a trocas de informações e à diminuição do déficit das execuções das condenações por práticas anticompetitivas. Em geral, os referidos acordos apresentam como regras básicas disposições sobre a notificação de processos de concentração de empresas que possam interessar à outra parte, o recíproco fornecimento de informações pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência, o dever de sigilo quanto às informações prestadas, e os procedimentos para a solução de questões envolvendo a concorrência entre as partes. Todavia, a via bilateral também apresenta várias limitações, mormente por servir à imposição de interesses particulares (as partes do acordo) e por não atacarem os problemas internacionais³⁴⁴.

Já as propostas multilaterais visam estabelecer uma ordem mundial de proteção contra as práticas anticompetitivas, o que consubstanciaria a forma mais desejável de internacionalização do Direito Antitruste, uma vez que hábil a solucionar a maior parte dos problemas enfrentados na seara concorrencial. Há, todavia, uma multiplicidade de proposições

³⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39.

³⁴¹ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 158/159.

³⁴² Não sendo o objetivo deste trabalho estudar a fundo tais propostas, apenas será feita uma breve referência a cada uma delas.

³⁴³ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 36/43; HEINEMANN, Andreas. *La Nécessité d'un Droit Mondial de la Concurrence*. *Revue Internationale de Droit Économique*, 3/2004, t. XVIII, 3. p. 298/299; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 38/72.

³⁴⁴ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 49, 244/247.

para a efetivação de um sistema antitruste global, como, por exemplo, no plano substancial, a uniformização dos direitos nacionais ou a criação de um direito material único, e, no âmbito procedimental, a criação de um tribunal internacional que supervisione a aplicação uniforme pelos tribunais nacionais ou a instituição de uma autoridade mundial de defesa da concorrência centralizada³⁴⁵.

Ademais, constatam-se inúmeros esforços de regulamentação multilateral de um direito internacional da concorrência, merecendo destaque aqueles empreendidos no seio da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Conferência da Organização das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD), da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Rede Internacional de Concorrência (*International Competition Network* – ICN)³⁴⁶. Contudo, nenhuma de tais iniciativas obteve, de fato, êxito, uma vez que não resultou em qualquer legislação vinculante positivada, de sorte que regras multilaterais de defesa da concorrência ainda são tidas como uma realidade distante³⁴⁷.

Finalmente, as proposições regionais objetivam o tratamento da matéria antitruste em espaços de integração regional. Dessa forma, sugere-se suprir as lacunas através de uma aplicação efetiva das regras antitruste por tribunais e autoridades de processos de integração já existentes. Propõe-se, pois, em uma primeira etapa, a concretização de um sistema de defesa da concorrência regional, para, em seguida, haver um diálogo entre os blocos, através da celebração de acordos de cooperação entre aqueles, de sorte a se alcançar um direito de caráter universal, hábil a proteger a concorrência num âmbito global³⁴⁸. Tal solução representa, portanto, um estágio intermediário entre o unilateralismo e o multilateralismo, uma vez que o desenvolvimento de uma proteção regional à concorrência se apresenta como o caminho para se atingir, no futuro, uma defesa antitruste global.

³⁴⁵ Idem. p. 44/45, 160/161.

³⁴⁶ Para uma análise de tais esforços, vide, por exemplo, JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 176/192; HEINEMANN, Andreas. *op. cit.* p. 301/315; KESKIN, Ali Cenk. *Pour un Nouveau Droit International de la Concurrence*. Paris: l'Harmattan, 2009. p. 145/182; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *A OCDE e seu Papel na Promoção Internacional do Direito da Concorrência*. In MENEZES, Wagner (coord.) *Estudos de Direito Internacional*. Vol. X. Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436/444; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 205/239; FOX, Eleanor M. *International Antitrust and the Doha Dome*. Virginia Journal of International Law. v. 43. Charlottesville: University of Virginia School of Law, 2003. p. 911/932; SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *A Segunda Década da Rede Internacional da Concorrência: os Desafios da Promoção da Convergência na Diversidade*. Revista de Defesa da Concorrência, nº1, Maio 2013, p. 4-15.

³⁴⁷ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 48.

³⁴⁸ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 259/261.

3. A cooperação bilateral como o mecanismo mais eficiente para a internacionalização do Direito Antitruste

Dentre as propostas acima enunciadas para o estabelecimento de um direito internacional da concorrência, aquelas que consubstanciam a cooperação bilateral são as que mais resultados têm produzido, razão pela qual têm a maior importância prática na contemporaneidade³⁴⁹.

A via da cooperação internacional busca contornar os problemas decorrentes do unilateralismo, evitando o exercício da jurisdição extraterritorial, que é considerado uma afronta às regras de soberania e aos princípios de não ingerência e de autodeterminação dos povos³⁵⁰. Apesar disso, a cooperação entre Estados também impõe a transformação e adequação de formas tradicionais de regulação jurídica a todas as mudanças rápidas e intensas pelas quais tem passado o mercado, inclusive quanto à redefinição do papel exercido pelo Estado-Nação e ao desenvolvimento de formas de cooperação entre os Estados que não representem apenas a formalização de acordos de cooperação internacional, mas que estejam relacionados aos objetivos maiores que embasam tais instrumentos³⁵¹.

Nesse contexto, desde a década de 1960, mas especialmente a partir da década de 1990, inúmeros acordos bilaterais foram concluídos. Tais acordos muitas vezes são baseados nas recomendações de organizações internacionais, de sorte que as regras sobre a cooperação em matéria de concorrência podem passar a ser obrigatórias para os Estados-Partes, o que permite diminuir o déficit de execução das legislações antitruste e também avançar na harmonização das diferentes legislações nacionais em matéria de concorrência³⁵². Ademais, os referidos acordos buscam permitir que, em distintas jurisdições, chegue-se a decisões menos discrepantes e a menor custo³⁵³.

Entretanto, cabe ressaltar que enquanto alguns veem no adensamento crescente de tais acordos uma etapa prévia ao consenso multilateral, que pode levar à harmonização do direito material, muitos acreditam que tais acordos servem apenas para aumentar ainda mais a força

³⁴⁹ HEINEMANN, Andreas. *op. cit.* p. 299.

³⁵⁰ ARANOVICH, Tatiana de Campos. *Inovações na Cooperação Jurídica Internacional para o CADE*. Revista de Defesa da Concorrência, n.º 1, Maio 2013. p. 125/126.

³⁵¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n.º 4, 2012. p. 63.

³⁵² JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 48/49, 247.

³⁵³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345.

dos países com maior poder de barganha, os quais preferem negociar isoladamente³⁵⁴. Este é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América, que tomam a dianteira nesse processo de intensificação da cooperação não apenas devido às duras críticas que recebia por outros Estados em razão da aplicação unilateral da jurisdição extraterritorial, mas também pelo fato de que os acordos bilaterais de cooperação garantem maior poder de negociação, de sorte a ser mais fácil fazer prevalecer seu ponto de vista ao negociar isoladamente com cada Estado³⁵⁵.

Sob esse prisma, a cooperação bilateral pode ter diferentes escalas de intensidade, sendo os instrumentos que a concretizam classificados em acordos de primeira ou segunda geração. Os acordos de primeira geração, também chamados de convênios suaves, caracterizam-se por estabelecer mecanismos formais de notificação de práticas anticompetitivas e intercâmbio de informações, em obediência ao princípio da cortesia internacional, seja a cortesia negativa ou positiva. Pela cortesia negativa, as partes signatárias levam em consideração os interesses da outra ao aplicar sua legislação aos atos internacionais, evitando prejudicá-la quando da aplicação de suas leis nacionais. Contudo, essa forma consubstancia uma integração superficial dos países no combate às práticas anticompetitivas, tendo em vista que permite uma subjetividade prejudicial aos interesses da defesa da concorrência como um todo. Já a cortesia positiva leva à criação de um acordo em que as partes podem decidir aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade de sua legislação, através da notificação mútua das investigações iniciadas. As consultas são, assim, facilitadas por intermédio da notificação de práticas anticompetitivas, do intercâmbio de informações não confidenciais entre autoridades, além de se possibilitar que um país solicite ao outro que inicie a investigação de uma conduta que ocorre em seu território, mas cujos efeitos sejam produzidos no país solicitante. Finalmente, os acordos de segunda geração visam intensificar a cooperação pela eliminação de obstáculos remanescentes de outros acordos, como os referentes ao intercâmbio de informações confidenciais³⁵⁶.

Dessa forma, os acordos de primeira e de segunda geração distinguem-se basicamente em relação à possibilidade, ou não, de se compartilhar informações confidenciais. Enquanto os primeiros, em regra, não admitem o acesso das autoridades antitruste a informações confidenciais, os segundos o possibilitam, em maior ou menor grau. Todavia, os acordos de segunda geração não são frequentemente celebrados, visto que esbarram geralmente em

³⁵⁴ Idem. *Ibidem*.

³⁵⁵ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 245; SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 432/433.

³⁵⁶ SANTOS, Karla Margarida Martins. *op. cit.* p. 80/82.

princípios protetivos do interesse nacional ou em legislação proibitiva, além de pressuporem um nível de maturidade e de comprometimento mais intenso das autoridades concorrenciais³⁵⁷.

O mais célebre acordo bilateral é o celebrado entre os Estados Unidos e a União Europeia, relativo à aplicação de suas regras antitruste, de 1991/1995, complementado em 1998³⁵⁸. Sua importância decorre não apenas de sua abrangência e efetividade, mas também por servir de modelo para inúmeros outros acordos celebrados posteriormente. O referido instrumento introduziu a noção dos princípios da cortesia negativa e positiva, permitindo, inclusive, o acesso a informações confidenciais, desde que as leis da parte detentora dos dados não o proibam³⁵⁹.

Nesse contexto, o Brasil possui alguns acordos bilaterais de cooperação no âmbito da defesa da concorrência, como, por exemplo, com os Estados Unidos, assinado em 1999, o qual contém dispositivos para o estabelecimento de cooperação e coordenação em alguns temas concorrenciais, como a notificação sobre o cumprimento de medidas que possam afetar o outro Estado, a prevenção de conflitos, as consultas relativas às ações de cumprimento de lei e a proteção efetiva de matérias confidenciais³⁶⁰. Além deste, também já foram celebrados, dentre outros, acordos de cooperação com a Rússia, com a Argentina, com Portugal, com o Chile, com o Canadá, com a União Europeia, com a França, com a China, com o Peru, com o Equador, com o Japão, com a Colômbia e com a Coreia³⁶¹.

Paralelamente a tais acordos, cabe acrescentar que com o Decreto n.º 7.738/12 (que aprova a Estrutura Regimental do CADE e altera o Decreto n.º 6.061/07, o Regimento Interno do Ministério da Justiça) e a Resolução CADE n.º 1/12 (a qual institui o Regimento Interno do CADE – RICADE, e regulamenta o Decreto n.º 7.738/12), o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no âmbito da cooperação internacional foi bastante intensificado. Antes da referida alteração legislativa, a autoridade antitruste utilizava majoritariamente os pedidos de assistência em matéria civil com trâmite pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, e/ou as vias diplomáticas. Tais procedimentos apresentavam inúmeras dificuldades,

³⁵⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 346.

³⁵⁸ Para uma análise do referido acordo, vide SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *op. cit.* p. 436/464.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 347.

³⁶⁰ CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Direito Antitruste e Relações Internacionais – Extraterritorialidade e Cooperação*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 188.

³⁶¹ A lista dos acordos internacionais vigentes, em sua integralidade, está disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8aaa6db3789696b48cb5>>. Último acesso em: 05/08/2015.

nomeadamente quanto à burocracia e formalismos excessivos, que diminuam a celeridade e a eficácia do cumprimento das medidas³⁶².

Nesse sentido, aliando-se às recomendações dos fóruns internacionais, como as elaboradas pela OCDE e pela ICN, consagra-se ao CADE protagonismo, como agente ativo, na cooperação jurídica internacional em matéria antitruste. Assim, para aprimorar os mecanismos de cooperação internacional em matéria de defesa da concorrência, seja na cooperação ativa (requerida pela autoridade brasileira) ou na passiva (requerida por autoridade estrangeira), foi disciplinado o procedimento da assistência mútua em matéria antitruste. Vale destacar que o CADE passou a ter competência para exercer a função de autoridade central para a tramitação dos referidos pedidos de cooperação, de sorte a garantir uma via institucionalizada que garanta a autenticidade, a veracidade e a legalidade de documentos e atos. A dispensa de trâmite por órgãos intermediários confere maior celeridade e fluidez ao procedimento, sem, contudo, implicar uma frouxidão quanto ao grau de formalismos exigido. Dessa forma, o Brasil passa a estar em conformidade com as tendências e práticas mais modernas no âmbito da cooperação contemporânea, caracterizada pela sua veiculação direta entre os órgãos administrativos interessados, isto é, a cooperação agência-agência³⁶³.

Sob esse prisma, a referida inovação no papel do CADE reflete uma das facetas que vêm caracterizando o Estado contemporâneo, qual seja, a desagregação da estrutura hierarquizada e centralizada do Estado clássico. Hoje, os centros decisórios, antes restritos aos três poderes em sua acepção tradicional (legislativo, executivo e judiciário), tendem a ficar cada vez mais dispersos em uma estrutura de governança muito mais complexa, a qual envolve diversas autoridades independentes, como agências reguladoras e autoridades de certa independência, como é o caso do CADE, ao que Gustavo Binenbjom chama de administração pública policêntrica³⁶⁴.

³⁶² ARANOVICH, Tatiana de Campos. *op. cit.* p. 127/128.

³⁶³ Idem. p. 128/144. A referida autora analisa as inovações legislativas introduzidas, aprofundando a questão do papel do CADE como autoridade central, além de apresentar as bases legais da cooperação internacional e as possibilidades de cumprimento de medidas executáveis, nomeadamente a troca de informações submetidas a sigilo e as notificações em jurisdição diversa. O atual cenário da cooperação internacional desenvolvida pelo CADE também é bem trabalhado em CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 97/103.

³⁶⁴ VELHO, Rafael Rott de Campos. *O Combate aos Cartéis como Parte de um Novo Paradigma no Direito Internacional*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, v. VII, n. 1, 2012. p. 202. Nesse sentido, Binenbjom explica que “as autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa a da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um

Essa alteração no modelo estatal repercute diretamente no Direito Internacional, tendo em vista que os atores deste último deixam de ser unicamente os chefes dos poderes executivos e seu corpo diplomático. Os outros centros decisórios cada vez mais dispersos na nova estrutura institucional dos Estados, como as próprias agências, órgãos e entidades dotadas de maior ou menor independência, passam a interagir na ordem global, de sorte que as relações internacionais passam a ser construídas pela atuação fragmentada do Estado³⁶⁵. Como visto, o CADE é um desses agentes que assumem um papel ativo na seara internacional, muito contribuindo para a internacionalização do Direito Antitruste.

Diante do exposto, fica patente que a cooperação internacional na matéria concorrencial é cada vez mais intensa na contemporaneidade, produzindo frutíferos resultados, aptos a solucionar muitos dos novos problemas enfrentados pelo antitruste. É importante ressaltar, contudo, que tal cooperação pode se realizar não apenas com base em acordos, moldados nos padrões do Direito Internacional clássico, celebrados pelos poderes centrais do governo, como também pela via direta e informal, capitaneada pelas autoridades antitruste³⁶⁶. É precisamente essa forma de relação espontânea, efetivada sem base em qualquer marco normativo prévio, que tem se tornado muito frequente, destacando-se como um importante passo para a construção de um direito internacional da concorrência.

4. A defesa da concorrência em espaços de integração regional: a tentativa de estabelecimento de um sistema antitruste no MERCOSUL

Nas últimas duas décadas, houve uma proliferação dos acordos regionais de comércio, os quais se tornaram um dos elementos dominantes do sistema comercial multilateral³⁶⁷. Nesse sentido, tendo em vista o insucesso dos esforços para o estabelecimento de um conjunto básico global de regras sobre a concorrência, grande parte desses blocos regionais passou a introduzir

desenho piramidal para uma configuração policêntrica” (BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, n.º 13, março/maio de 2008. p. 20. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Último acesso em: 06/08/2015).

³⁶⁵ VELHO, Rafael Rott de Campos. *op. cit.* p. 202, 214/217.

³⁶⁶ Tal cooperação ocorre informalmente por meio de e-mails e telefonemas, nos quais há troca de experiências e pontos de vista referentes a casos específicos e também sobre a forma de tentar resolver problemas práticos no curso das investigações (CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 101).

³⁶⁷ KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 269. Para se ter uma noção da dimensão do mencionado fenômeno, de acordo com o Secretariado da OMC, até 7 de abril de 2015, 612 acordos regionais de comércio haviam sido notificados ao GATT/OMC (<https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm>. Último acesso em: 06/08/2015).

regras antitruste para compensar a ausência de normativas multilaterais na matéria³⁶⁸. É o caso, por exemplo, da União Europeia, do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), do Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA), da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), da Comunidade do Caribe (CARICOM) e do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA)³⁶⁹.

Todavia, o conteúdo das regras sobre a política concorrencial incluídas nos mencionados acordos varia bastante, estabelecendo desde quadros de cooperação no âmbito antitruste a obrigações de introduzir um Direito Concorrencial no nível interno dos Estados-Membros e a mecanismos regionais de aplicação da política antitruste³⁷⁰.

Por outro lado, há uma semelhança nas razões que justificam a introdução das disposições concorrenciais, tendo em vista que estas são incluídas nos mencionados acordos não devido a seu valor intrínseco, mas pelo fato de que condutas anticompetitivas, sejam praticadas pelo setor público ou privado, poderiam frustrar os amplos objetivos de liberalização dos acordos em questão³⁷¹.

Nesse sentido, a garantia da livre concorrência assegura que as liberdades econômicas fundamentais que constituem um mercado comum sejam reais e não meramente formais. É que seria inócuo garantir a liberdade de circulação de mercadorias ou de capitais se é tolerado a criação ou o uso de posições dominantes capazes de criar entraves ao ingresso de produtos de concorrentes de outro Estado-Membro. O Direito da Concorrência, portanto, tem o caráter de verdadeira constituição econômica, devendo estabelecer um corpo de regras mínimas capazes de garantir a igualdade de condições estruturais de concorrência, ou seja, a igualdade de condições de acesso e permanência dos agentes no espaço econômico comum³⁷².

³⁶⁸ BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. Trabalho apresentado no IX Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) – Revisiting Regionalism, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 2011 na Universidade de St. Gallen. Disponível em: <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09801a05.pdf>>. Último acesso em: 06/08/2015. p. 2.

³⁶⁹ GAL, Michal. *Regional Competition Law Agreements: an Important Step for Antitrust Enforcement*. University of Toronto Law Journal, v. 60, n.º 2, 2010. p. 240; KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 271/285.

³⁷⁰ BOTTA, Marco. *op. cit.* p. 2/3. Sob outra perspectiva, Keskin também ressalta a disparidade dos acordos regionais no que toca ao grau de integração que eles buscam atingir na matéria antitruste. Afirma, nesse contexto, que existem três famílias de acordo: aqueles que contêm disposições de fundo sobre os comportamentos anticoncorrenciais, aqueles que contêm uma simples declaração de princípio e aqueles que têm como alvo as regras de coordenação e de cooperação (KESKIN, Ali Cenk. *op. cit.* p. 270/271).

³⁷¹ EVENETT, Simon. *What can We Really Learn from the Competition Provisions of RTAs? In BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana María; CERNAT, Lucian (org.). Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. New York/Geneva: United Nations Publications, 2005. p. 40.

³⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. *op. cit.* p. 44/45.

Sob esse prisma, Augusto Jaeger Júnior procura a superação da doutrina clássica, propondo a existência de cinco (e não quatro) liberdades econômicas fundamentais em um mercado comum. Este, além dos objetivos a serem alcançados nos estágios anteriores, prevê as liberdades fundamentais como meta, como ambiente natural, sendo elas a livre circulação de bens, capitais, pessoas e serviços, ao que o referido jurista acrescenta a livre concorrência. É que o Direito da Concorrência deve abranger, garantir e proteger as atividades para as quais o mercado comum foi criado, ou seja, as próprias liberdades fundamentais. Assim, além de assegurar a concorrência no mercado comum, o Direito Antitruste deve também proteger as demais liberdades de eventuais lesões que possam ser causadas por comportamentos anticompetitivos. Entendida, pois, como quinta liberdade fundamental, a livre concorrência deve ser compreendida como a liberdade ou o direito de que o mercado seja garantido e mantido livre para a concorrência, ou, ainda, como a liberdade da ação econômica e da concorrência, ou, finalmente, como uma nova liberdade que estimule a atividade econômica e não apenas a regule³⁷³.

Contudo, em que pese a crescente tendência em incluir dispositivos referentes à matéria antitruste em acordos regionais de comércio, são poucos os blocos que conseguiram estabelecer, de fato, um sistema no qual se garanta, com eficácia, a livre concorrência no âmbito regional, sendo a União Europeia o exemplo paradigmático. Desde o início do processo integracionista europeu, a regulamentação da concorrência assumiu papel importante e central, tendo contribuído decisivamente para o estabelecimento do mercado comum (posteriormente, o mercado interno ou mercado único europeu). A política da concorrência, assim, assumiu a posição de pilar da construção europeia e condição mesma de toda a política econômica da União, de sorte que as políticas comercial, industrial e de aproximação de legislações encontram como critério de realização o respeito ao princípio da livre concorrência, podendo apenas operar num quadro de licitude jusconcorrencial, isto é, por meio de atos que encontrem uma justificação à luz das próprias normas antitruste³⁷⁴.

³⁷³ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. Porto Alegre, UFRGS, 2005. Tese de Doutorado em Direito Comunitário. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5525/000471918.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09/08/2015. p. 63/69; JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 223. Vide a primeira obra para um aprofundamento sobre a teoria da liberdade de concorrência como quinta liberdade econômica fundamental e a segunda para um estudo sobre as cinco liberdades fundamentais.

³⁷⁴ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. p. 443, 503/504; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 637/643.

Diferentemente do que ocorreu na União Europeia, o Tratado de Assunção, que constituiu o MERCOSUL, não dispunha de nenhuma previsão concreta quanto à defesa da concorrência³⁷⁵, apesar de seu art. 1º já se referir à necessidade de se assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-Partes do bloco para que fosse efetivamente possível a concretização de um mercado comum³⁷⁶. Além disso, o mencionado art. 1º exige dos Estados-Partes o compromisso para a harmonização de suas legislações nas áreas que sejam pertinentes, como é o caso da concorrência, apesar de o Tratado não estabelecer como tal harmonização deve ser feita³⁷⁷. Ademais, a defesa da concorrência é mencionada no art. 4º, embora este apenas disponha acerca de noções gerais sobre o assunto ao tratar da proteção antitruste no comércio internacional e no interior do bloco. Estabelece-se que as relações comerciais dos Estados-Partes com países terceiros devem ser regidas por condições equitativas de comércio, devendo ser aplicada a legislação nacional de cada país para punir as práticas desleais que distorçam o curso normal do intercâmbio de bens. Por sua vez, em relação às práticas anticompetitivas dentro do MERCOSUL, dispôs-se apenas um compromisso genérico dos Estados-Partes em coordenar suas respectivas políticas nacionais para elaborar normas comuns sobre concorrência comercial³⁷⁸.

O Tratado de Assunção, portanto, não estabeleceu princípios gerais sobre o antitruste, nem traçou as linhas básicas da política concorrencial no bloco, dispondo que a matéria fosse tratada posteriormente por normas secundárias do Direito do MERCOSUL³⁷⁹. O ponto de partida foi a Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) n.º 01/92, que incluiu na agenda do Subgrupo de Trabalho n.º 10 do Grupo Mercado Comum (GMC), responsável pela coordenação de políticas macroeconômicas, a comparação entre as legislações dos quatro países e a elaboração de uma proposta de harmonização das regras de defesa da concorrência. Daí resultou a Decisão CMC n.º 21/94, que estabeleceu a regulamentação provisória do direito de defesa da concorrência aplicável às empresas, estatuidando a proibição geral dos acordos e práticas concertadas e o abuso de posição dominante, não englobando, porém, os Estados-Partes

³⁷⁵ MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Entraves e Soluções Normativas*. Boletim Latino-Americano de Concorrência, n.º 23, setembro de 2007. p. 20.

³⁷⁶ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 290.

³⁷⁷ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005. p. 214.

³⁷⁸ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. p. 182.

³⁷⁹ MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 291; BAGNOLI, Vicente. *op. cit.* p. 215.

quanto aos monopólios e subsídios. Ademais, fixou pautas gerais de harmonização, criando critérios para a definição de normas comuns³⁸⁰.

Em seguida, em 1995, houve a instalação do Comitê Técnico n.º 5 (CT-5), que se incumbem exclusivamente da defesa da concorrência. Subordinado à Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), tal instância é composta por um corpo de técnicos dos Estados-Partes, tendo como função a elaboração das minutas dos instrumentos normativos necessários para a implementação do sistema de proteção antitruste dentro do bloco³⁸¹.

Finalmente, tendo em vista que o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intrazonais e o aumento da competitividade das empresas estabelecidas nos Estados-Partes dependiam da consolidação de um ambiente concorrencial no espaço integrado do MERCOSUL, e que a definição de diretrizes na matéria era uma necessidade urgente para assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica, adotou-se, por meio da Decisão CMC n.º 18/96, o Protocolo de Defesa da Concorrência, também conhecido como Protocolo de Fortaleza. Este instrumento estabeleceu um estatuto comum de defesa antitruste, traçando as linhas mestras da conduta anticoncorrencial no referido espaço de integração e assegurando condições de concorrência no mercado integrado, além de harmonizar o tratamento dado a essas questões³⁸². Posteriormente, o Protocolo foi regulamentado através da Diretriz CCM n.º 01/2003, que estabeleceu o Acordo sobre o Regulamento do Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, no qual foram detalhados alguns pontos do estatuto antitruste.

Nesse contexto, de acordo com o Protocolo de Fortaleza, a execução de suas normas cabe à CCM e ao Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), tendo ambos a atribuição legal de impor, no âmbito administrativo, as regras antitruste. Criado pelo Protocolo, o aludido Comitê, instituição de natureza intergovernamental, é integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do mencionado instrumento em cada Estado-Parte, isto é, as autoridades antitruste nacionais. Além das referidas instituições mercosulinas, as autoridades nacionais também devem trabalhar conjuntamente com aquelas, através da aplicação das respectivas legislações e pela participação no procedimento de apuração de práticas ilícitas, previstas no Protocolo, e pela execução das penalidades definidas pelos órgãos regionais³⁸³.

³⁸⁰ MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *op. cit.* p. 20; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 185/187.

³⁸¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 351; MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *op. cit.* p. 20.

³⁸² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 351/352.

³⁸³ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 207/210; BAGNOLI, Vicente. *op. cit.* p. 216. Vale destacar o caráter descentralizador do Protocolo de Fortaleza, ao repartir sua execução não apenas entre os órgãos regionais, mas também entre as autoridades antitruste nacionais. Nesse sentido, o art. 30 do Protocolo reitera que as agências

As regras do Protocolo de Defesa da Concorrência são aplicáveis aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados-Partes. É necessário, portanto, a presença de dois requisitos para a aplicação do Protocolo, quais sejam, a intenção ou a própria produção de efeitos anticompetitivos e a afetação do mercado. Quanto a este último, diferencia-se do sistema da União Europeia, em que se considera suficiente que o ato seja potencialmente gravoso ao mercado comum, independentemente da produção de resultados. Por outro lado, é de competência exclusiva de cada Estado-Parte a regulamentação dos atos praticados no respectivo território e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restringem³⁸⁴.

Ressalvando que a conquista de mercado decorrente de maior eficiência do agente econômico (a denominada vantagem competitiva) não constitui conduta anticompetitiva, o Protocolo estabelece que configura infração antitruste qualquer ato que objetive limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, ou, ainda, que represente abuso de posição dominante. Nesse sentido, o art. 6º do Protocolo apresenta uma lista exemplificativa, em vinte e sete incisos, de condutas anticompetitivas, muito se assemelhando ao art. 36 da Lei n.º 12.529/2011³⁸⁵.

Em relação à aplicação do Protocolo, compete aos órgãos nacionais iniciar, de ofício ou mediante representação, o procedimento contra o agente econômico responsável pela infração concorrencial, devendo encaminhá-lo ao Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), juntamente com avaliação técnica preliminar. O CDC, a seu turno, estabelecerá a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos

nacionais devem adotar medidas de cooperação e consultas no plano técnico com vistas à implementação do sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL. Tal característica vai ao encontro do sistema europeu, o qual, a partir das alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, obedece a uma lógica descentralizadora, instituindo a Rede Europeia da Concorrência, na qual exercem competências a Comissão, como ator central, mas também os Tribunais da União, em sede de recurso das decisões daquela instituição, e também as autoridades e os tribunais nacionais. Há, portanto, na União Europeia (e o Protocolo de Fortaleza de certa forma também assim dispõe, ainda que por razões diversas), uma estreita cooperação entre as autoridades judiciais e administrativas nacionais e da União, especializadas ou não na aplicação do Direito da Concorrência (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *op. cit.* p. 644).

³⁸⁴ ANDRADE, Maria Cecília. *A Defesa da Concorrência no MERCOSUL e o Protocolo de Fortaleza*. Boletim Latino-Americano de Concorrência, n.º 12, julho de 2001. p. 46. Nesse sentido, ressalta-se que o art. 2º do Protocolo é típico caso de aplicação extraterritorial do direito antitruste, tendo-se como território o MERCOSUL e a aplicação do Protocolo para atos que tenham por objeto produzir ou que produzam efetivamente efeitos sobre a concorrência em seu território, independentemente de o ato ter sido concretizado ou realizado fora das fronteiras do MERCOSUL (MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 299).

³⁸⁵ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 352.

econômicos das práticas sob investigação e, em seguida, instaurará investigação preliminar ou arquivará o processo, *ad referendum* da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), encerrando o procedimento. No primeiro caso, o órgão nacional antitruste do Estado-Parte em cujo território estiver domiciliado o representado realizará a investigação da prática anticompetitiva, garantindo àquele o exercício do direito de defesa e com base nas pautas definidas pelo Comitê e em cooperação com as autoridades antitruste dos demais Estados, as quais devem auxiliar nas investigações com o fornecimento de informações, documentos e outros meios essenciais para a correta execução do procedimento. Concluída a investigação, o órgão nacional apresentará parecer conclusivo sobre a matéria, devendo o CDC, desde que exista consenso sobre o parecer, definir, *ad referendum* da CCM, as práticas infrativas e estabelecer as sanções a serem impostas. Inexistindo o consenso no Comitê, este encaminhará suas conclusões à CCM, a qual, levando em consideração o parecer ou as conclusões do CDC, definirá as sanções a serem aplicáveis, pela adoção de diretiva, desde que haja consenso. Não se alcançando este, a CCM encaminhará as diferentes alternativas propostas ao Grupo Mercado Comum (GMC), o qual se manifestará sobre a matéria por meio de resolução, em havendo consenso. Se o GMC também não entrar em consenso sobre o caso, o Estado interessado poderá recorrer ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL (desde 2002, regido pelo Protocolo de Olivos). Finalmente, com a definição da conduta anticompetitiva e a fixação das sanções, cabe ao órgão nacional do Estado de domicílio da parte infratora a execução das penalidades³⁸⁶.

Quanto às sanções, o Protocolo prevê a imposição, cumulada ou alternativamente, de cessação definitiva da conduta ilícita, multa (a ser definida com base no Anexo ao Protocolo), proibição de participar de regimes de compras públicas ou de contratar com instituições financeiras públicas em quaisquer dos Estados-Partes, por prazo determinado, e recomendação aos Estados-Partes em não conceder aos agentes econômicos infratores incentivos de qualquer natureza ou facilidades de pagamento de suas obrigações tributárias.

Apesar de ser um grande marco para a construção de um sistema de proteção antitruste no seio no MERCOSUL, o Protocolo de Fortaleza nunca chegou a ser aplicado, ainda que ratificado pelo Paraguai, em 1997, e pelo Brasil, em 2000, passando a vigorar internacionalmente e para esses dois países em 08 de setembro de 2000, nos termos do art. 33

³⁸⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 352; CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *op. cit.* p. 191/192; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 222/229.

do Protocolo³⁸⁷. Já a Argentina e o Uruguai jamais ratificaram o documento em estudo³⁸⁸. O referido instrumento representou, pois, um dos vários exemplos da hipertrofia normativa que caracteriza o MERCOSUL, onde inúmeros atos foram adotados ao longo dos anos, mas poucos realmente entraram em vigor³⁸⁹.

Sob esse prisma, em que pese ter contribuído para o estabelecimento de uma embrionária proteção da concorrência no MERCOSUL, demonstrando a preocupação dos Estados-Partes para tão importante assunto, o Protocolo de Fortaleza possui inúmeras limitações³⁹⁰. Por exemplo, ele foi omissivo em dois temas muito relevantes para a concretização de um sistema antitruste regional. O primeiro é o referente ao controle de concentrações de empresas, havendo apenas a norma programática do art. 7º, que estabelece o dever dos Estados-Partes em adotar, no prazo de dois anos, normas comuns para o controle de atos e contratos que afetem a concorrência no bloco ou que resultem na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços. Todavia, embora jamais tenham sido elaboradas as referidas regras, argumentava-se ser possível adotar o controle *a posteriori* da concentração, desde que esta limitasse, falseasse ou distorcesse a concorrência ou constituísse abuso de posição dominante (art. 4º do Protocolo)³⁹¹.

³⁸⁷ O art. 33 do Protocolo de Fortaleza aduz que este entra em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratifiquem. Vale ressaltar que o Protocolo foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n.º 3.602, de 18 de setembro de 2000, publicado no Diário Oficial da União de 19 de setembro de 2000. Anteriormente, pelo Decreto Legislativo n.º 06, de 15 de fevereiro de 2000, o Congresso Nacional já o havia aprovado. O instrumento de Ratificação do referido ato foi depositado em 09 de agosto de 2000.

³⁸⁸ Sobre as razões que justificam os dois países não terem internalizado em seus ordenamentos jurídicos nacionais o Protocolo de Defesa de Fortaleza, vide MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *op. cit.* p. 24. Em relação à Argentina, é de se mencionar a existente divergência doutrinária a respeito de sua vinculação ao mencionado Protocolo. Alguns afirmam que, pelo fato de a Constituição Argentina adotar um sistema de supranacionalidade, asseverando seu artigo 75º/22 que os tratados são hierarquicamente superiores à lei, o Protocolo de Fortaleza teria entrado em vigor em relação a este país, gozando de aplicabilidade direta em relação às práticas anticompetitivas das empresas brasileiras, argentinas e paraguaias que viessem a se enquadrar no referido documento (ANDRADE, Maria Cecília. *op. cit.* 46; BAGNOLI, Vicente. *op. cit.* p. 217). Outros não compactuam com tal posição, alegando que o fato de a Argentina dispor em sua Constituição que os tratados têm hierarquia superior à lei não significa que a incorporação do tratado seja desnecessária, que o depósito de ratificação seja dispensado ou que o tratado tenha aplicabilidade direta, de modo que o Protocolo não teria se encontrado em vigor em relação a ela (MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *op. cit.* p. 24). Finalmente, cabe acrescentar que pelo fato de o processo de adesão da Venezuela ao MERCOSUL só ter sido concluído através da Decisão CMC n.º 27/2012, que conferiu a condição de Estado-Parte ao referido país desde 12 de agosto de 2012, ela jamais esteve vinculada ao Protocolo de Fortaleza (como o seria, em decorrência do art. 36 deste), porquanto naquela data este já havia sido revogado pela Decisão CMC n.º 43/2010, conforme será a seguir analisado.

³⁸⁹ BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. Competition Law Review, volume 5, issue 2, July 2009. p. 169.

³⁹⁰ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 363.

³⁹¹ CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 220/222; NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. In RIBEIRO, Elisa de Sousa (org.). Direito do MERCOSUL. Curitiba: Appris, 2013. p. 308.

A grande ausência normativa, contudo, foi sobre o controle da concessão de ajudas públicas, as quais representam um dos principais obstáculos para a concretização de um mercado comum. Existe apenas a norma programática do art. 32 do Protocolo, que prevê também o prazo de dois anos para a elaboração de normas e mecanismos comuns para disciplinar as ajudas estatais que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estado-Partes. O compromisso não foi cumprido, jamais tendo sido dispostas regras sobre a referida matéria³⁹².

Outra questão que impediu o sucesso do Protocolo de Fortaleza foi a inexistência de uma cultura antitruste estabilizada na região. O surgimento de uma legislação de defesa da concorrência é recente nos Estados-Partes do MERCOSUL, especialmente no Uruguai e no Paraguai, os quais apenas a adotaram posteriormente à assinatura do Protocolo de Fortaleza (em 2007 e 2013, respectivamente)³⁹³.

Finalmente, as próprias dificuldades na consolidação do bloco em si configuram obstáculos para a concretização de um direito antitruste regional. A ordem institucional mesma do MERCOSUL obstrui a introdução de um sistema regional de defesa da concorrência, tendo em vista inexistir órgãos supranacionais capazes de aplicar com efetividade uma política e legislação antitruste, e não haver a prevalência das normas emanadas por seus órgãos. Nesse sentido, a repartição de competências introduzida pelo Protocolo de Fortaleza sempre foi criticada, visto que ela só teria relevância em um sistema supranacional de integração, em que há transferência de poderes dos Estados-Membros aos órgãos comunitários, como na União Europeia. Em um processo intergovernamental, a aplicação de normas antitruste é confiada a um órgão de integração cooperativa e consensual (no caso do MERCOSUL, o Comitê de Defesa da Concorrência), o que compromete bastante o seu funcionamento. Daí a importância, nesse último tipo de integração, da harmonização da legislação interna dos Estados-Partes e da cooperação entre os diversos órgãos encarregados pela política antitruste do bloco³⁹⁴.

³⁹² JAEGER JÚNIOR, Augusto. *op. cit.* p. 364.

³⁹³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 353; NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 311/314. Ressalta Cunha, todavia, que a ausência de cultura de competição não implica o fracasso de uma regulamentação em âmbito regional. Ao revés, normas comuns na matéria em uma organização internacional de integração podem incentivar o surgimento e o emprego de regras nacionais. Ele cita o exemplo da União Europeia, onde nem todos os Estados-Membros possuíam normas locais sobre a defesa da concorrência, e os órgãos da União, sobretudo a Comissão, foram grandes incentivadoras para a adoção de leis e estruturação de um sistema antitruste eficiente. Dessa forma, o tratamento adequado da matéria no MERCOSUL pode também contribuir para a consolidação da cultura concorrencial na região (CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 163).

³⁹⁴ AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. *A Estrutura Orgânica do Mercosul: Direito de Concorrência no Processo de Integração*. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. p. 33; NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 307, 314/315; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *op. cit.* p. 296/297.

Sob esse prisma, apesar de a adoção do Protocolo de Fortaleza parecer ter indicado que o MERCOSUL seguia no caminho rumo à institucionalização de um sistema regional de defesa da concorrência, os anos seguintes à sua adoção foram de inatividade, tanto no âmbito legislativo interno dos Estados-Partes, como nas instâncias do bloco. Além das questões acima já indicadas, como as críticas às deficiências do Protocolo e as dificuldades de internalização do instrumento pelos Estados-Partes, contribuiu para esse cenário a situação econômica da região, muito afetada pelas crises mundiais do período, nomeadamente a crise asiática, iniciada em 1997, e a crise do *subprime*, desencadeada a partir de 2007. Portanto, nos anos que seguiram a elaboração do Protocolo de Fortaleza, os objetivos e as prioridades dos Estados foram alteradas, intensificando-se também o protecionismo, de sorte que a regulamentação antitruste foi deixada em segundo plano³⁹⁵.

5 A Consolidação dos mecanismos de cooperação internacional em matéria antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência

5.1 Antecedentes

Após a estagnação na implementação do Protocolo de Fortaleza, frustrando as perspectivas que indicavam o estabelecimento de um sistema de defesa da concorrência no MERCOSUL, muitos passaram a defender uma mudança no enfoque das regras antitruste regionais do bloco, argumentado em favor de uma agenda mínima na matéria. Tais posições aduziam que o ponto de partida para tratar das questões concorrenciais no MERCOSUL não deveria ser o Protocolo de Fortaleza. Ao revés, afirmavam que este deveria ser substituído por um acordo bilateral de cooperação mais modesto entre o Brasil e Argentina, cujas legislações antitruste já forneciam o amparo jurídico adequado para a cooperação regional na matéria, acompanhando a tendência internacional da aplicação extraterritorial. Dessa forma, propunham um acordo que introduzisse a cortesia positiva, como forma de resolver transitoriamente o problema, haja vista que evitaria que interesses nacionais conflitantes fossem abordados sob o prisma estreito das negociações mercantilistas setoriais. Assim, ao invés de proteger apenas os interesses dos exportadores e das empresas que competissem com importações, os governos iriam levar em consideração outras facetas do interesse nacional, como a eficiência agregada

³⁹⁵ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, jan./jun. 2011(a). p. 88.

da indústria doméstica e o bem-estar do consumidor. Apenas depois, quando tal mecanismo já tivesse acumulado experiência suficiente na resolução de um número razoável de casos importantes, é que deveria ser proposta uma redação alternativa para o Protocolo, contendo, finalmente, as normas adequadas a regular a concorrência no MERCOSUL³⁹⁶.

Nesse sentido, em 16 de outubro de 2003, foi celebrado pela Argentina e pelo Brasil o Acordo de Cooperação relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, o qual prevê uma cooperação mais intensa entre ambos os países, tanto em relação à troca de informações como no exame conjunto de políticas públicas que tenham influência na concorrência. Tal instrumento consubstancia um acordo de primeira geração, consagrando o princípio da cortesia positiva, razão por que apresenta limitações quanto às informações confidenciais. Desse modo, nenhuma parte está obrigada a fornecer informações à outra parte se isto for proibido segundo as leis daquela ou incompatível com os seus importantes interesses³⁹⁷.

O objetivo do Acordo é a promoção da cooperação entre as autoridades antitruste das partes, englobando não só a aplicação das leis de defesa da concorrência, como também a cooperação técnica, além da garantia de que as partes concederão a devida atenção a seus interesses recíprocos quando da aplicação de suas leis antitruste. Nesse contexto, são dispostas regras que formalizam os procedimentos de cooperação, havendo normas relativas, por exemplo, às notificações, à troca de informações, à cooperação na aplicação das leis, às atividades de cooperação técnica, à prevenção de conflitos e à solicitação de consultas. Preveem-se, ainda, encontros periódicos entre funcionários das autoridades antitruste das partes, para que troquem informações referentes a seus esforços e prioridades na aplicação de suas leis da concorrência³⁹⁸.

³⁹⁶ BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. p. 10; ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares. *Política de Concorrência no MERCOSUL: uma Agenda Mínima*. In CHUDNOVSKY, Daniel; FANELLI, José María (org.). *El Desafío de Integrarse para Crecer: Balance y Perspectivas del MERCOSUR em su Primera Década*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina, 2001. p. 149, 155/156.

³⁹⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *op. cit.* p. 347; CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *op. cit.* p. 92.

³⁹⁸ Afirma Cruz e Creuz que esta medida que prevê encontros periódicos entre os funcionários das autoridades antitruste pode contribuir para que os membros do MERCOSUL desenvolvam, em conjunto e sintonia, práticas e medidas que, dentre outras, (i) possam reduzir o custo e o tempo de análise das práticas anticompetitivas e dos atos de concentração; (ii) facilitem a aplicação das leis de concorrência e/ou sejam de interesse recíproco na aplicação das leis antitruste; (iii) permitam melhor conhecimento das condições econômicas e dos mercados relevantes; (iv) possam contribuir para a redução das assimetrias entre as estruturas dos Estados-Partes; (v) possam contribuir para eventuais alterações nas políticas públicas relacionadas à defesa da concorrência (CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. Campinas, UNICAMP, 2010. Tese de Mestrado em Relações Internacionais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?cod e=000774937>>. Acesso em 13/08/2015. p. 149).

Assim, o referido Acordo visou fomentar a construção de políticas e práticas de defesa da concorrência no âmbito do MERCOSUL, através da cooperação das autoridades antitruste dos Estados-Partes que são reconhecidamente os membros principais do bloco, de sorte a poder trazer, inclusive, maior efetividade ao Protocolo de Fortaleza³⁹⁹. Cabe ressaltar que o Acordo encontra-se plenamente em vigor, haja vista ter sido ratificado pela Argentina (Lei n. 26.662, de 11 de agosto de 2010) e pelo Brasil (Decreto Legislativo n.º 264/2008 e Decreto n.º 8.338, de 13 de novembro de 2014).

Posteriormente, o modelo introduzido pelo Acordo acima analisado foi estendido ao nível do MERCOSUL, a fim de superar a ausência de ratificação do Protocolo de Fortaleza. Dessa forma, em 07 de julho de 2004, o CMC adotou a Decisão n.º 04/2004, aprovando o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados-Partes do MERCOSUL para Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência⁴⁰⁰. Tal documento fixa as diretrizes básicas de cooperação entre as autoridades antitruste na aplicação de suas respectivas legislações nacionais, partindo do princípio de que a cooperação e a coordenação entre os órgãos da concorrência dos Estados-Partes podem ser positivas, nomeadamente se comparadas a ações independentes por parte de cada autoridade individualmente⁴⁰¹.

Tal como o Acordo de Cooperação entre Brasil e Argentina, o Entendimento traz como objetivos principais a promoção da cooperação (tanto a referente à aplicação da legislação antitruste nacional como à cooperação técnica entre as autoridades) e a salvaguarda de que os Estados-Partes levem em conta os importantes interesses recíprocos nas atividades de aplicação da legislação nacional de concorrência.

Nesse contexto, o Entendimento estabeleceu uma obrigação de notificação quando uma autoridade antitruste tomar conhecimento de ato ou prática anticompetitiva que possa afetar os interesses de outro Estado-Parte ou que simplesmente possa ser relevante para este. Dessa forma, cada Estado-Membro deverá notificar outro Estado-Parte sobre as atividades de aplicação do Entendimento⁴⁰², identificando a natureza das práticas sujeitas à investigação e os

³⁹⁹ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. p. 150.

⁴⁰⁰ BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. p. 11.

⁴⁰¹ NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 310.

⁴⁰² Enumera o art. II.2 tais atividades, sendo aquelas que: “a) forem relevantes para as atividades de outra Parte na aplicação de suas respectivas leis; b) envolvam Práticas Anticompetitivas, diferentes de fusões e aquisições, realizadas em todo ou em parte substancial do território de outra Parte; c) envolvam fusões ou aquisições em que uma ou mais partes da transação, ou uma empresa que controle uma ou mais partes da transação, seja uma empresa

instrumentos legais pertinentes, e poderá requerer informações e documentos. Ademais, a cooperação na aplicação das leis da concorrência também pode se efetivar pela troca de informações que facilitem a identificação e a punição de práticas anticoncorrenciais. Além disso, se um Estado-Parte entender que estão sendo realizadas, no território de outra parte, práticas anticompetitivas que afetam adversamente seus interesses fundamentais, é possível solicitar que as autoridades antitruste da outra parte iniciem os procedimentos de cooperação previstos no Entendimento.

As referidas comunicações poderão ser efetuadas diretamente entre as autoridades de concorrência dos Estados-Partes, especificando o aludido Entendimento quais são essas autoridades e o prazo no qual as notificações devem ser feitas. Cabe ressaltar que, pelo fato de o referido documento também configurar um acordo de primeira geração que consagra a cortesia positiva, inexistente a obrigação de prover informações proibidas segundo as leis nacionais ou incompatíveis com os interesses fundamentais do Estado-Parte.

Finalmente, há o compromisso de considerar os interesses fundamentais dos outros Estados-Partes em todas as etapas de suas atividades de aplicação, no que se incluem as decisões relacionadas com o início de uma investigação ou procedimento, a ampliação de uma investigação ou procedimento e a natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso.

Dois anos depois, a Decisão CMC n.º 15/2006 aprovou o Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa de Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional. Tal documento levou em conta a necessidade de promover a troca de informações entre as autoridades antitruste dos Estados-Partes no que se refere ao controle de concentrações econômicas de âmbito regional, de sorte a prevenir seus possíveis efeitos anticompetitivos na região, a implementar um controle mais efetivo e célere e a reduzir os obstáculos e promover a segurança jurídica para as partes envolvidas. Nesse sentido, adaptou-se o Entendimento adotado pela Decisão CMC n.º 04/2004 à matéria do controle de concentrações econômicas de âmbito regional, reproduzindo o texto daquele quase que integralmente.

Os dois Entendimentos analisados entraram em vigor em 10 de junho de 2012, em conformidade com o art. 40 do Protocolo de Ouro Preto, após a incorporação das referidas

constituída ou organizada segundo as leis de outra Parte; d) envolvam condutas supostamente exigidas, recomendadas ou aprovadas por outra Parte; e) envolvam medidas legais que explicitamente exijam ou proíbam determinada conduta no território de outra Parte ou sejam, de alguma maneira, aplicadas à conduta em território de outra Parte; ou f) envolvam a busca de informações localizadas no território de outra Parte”.

normativas aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes⁴⁰³. Eles representam um efetivo e importante avanço no tratamento da matéria antitruste no MERCOSUL, buscando a concretização dos objetivos de cooperação já anunciados no art. 30 do Protocolo de Fortaleza. Todavia, os Entendimentos foram além, visto que o Protocolo, ainda que faça breve referência à necessidade de se aperfeiçoar a investigação conjunta de práticas lesivas à concorrência na região, enfatiza a cooperação técnica. Ademais, a menção aos mecanismos de cooperação no Protocolo é meramente pontual, conferindo diminuto tratamento a eles, tanto em extensão como em possibilidades. Os Entendimentos, ao revés, têm o foco precisamente na cooperação, englobando não apenas a cooperação técnica, mas também a referente à aplicação da legislação antitruste nacional⁴⁰⁴.

Dessa forma, os Entendimentos, consagrando a cortesia negativa e a positiva na cooperação de autoridades da concorrência, refletem um efetivo amadurecimento institucional do bloco no tratamento do antitruste, além de demonstrarem a existência de convergência de vontade política dos dirigentes dos Estados-Partes para avançar na matéria⁴⁰⁵.

5.2 O Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL

A celebração do acordo de cooperação entre o Brasil e a Argentina e os posteriores Entendimentos adotados no seio do MERCOSUL demonstram que, nos últimos anos, o processo regulatório da concorrência no âmbito do mencionado bloco passou a ser construído de forma diversa daquela originariamente estruturada através do Protocolo de Fortaleza. A regulação vertical, de cima para baixo, prevista no aludido Protocolo, foi substituída por um processo em que predomina o fluxo horizontal e o vertical, de baixo para cima, no qual autoridades subnacionais foram reconhecidas pelos Estados-Partes como iniciativas existentes para além dos canais diplomáticos clássicos de decisão. Afinal, consoante demonstrado,

⁴⁰³ Consulta realizada ao sítio eletrônico do MERCOSUL: <<http://gd.mercosur.int/SAM/GestDoc/pubweb.nsf/Normativa?ReadForm&lang=ESP&id=8B6A494E760DF2290325760F0048B4CC>>; <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1038/2/innova.front/decisiones_2006>. Acesso em: 14/08/2015. Vale ressaltar que, no Brasil, a internalização das normas se deu através da Portaria Conjunta SEAE/CADE/SDE n.º 148, de 13 de novembro de 2009 e publicada no Diário Oficial da União em 16 de novembro do mesmo ano.

⁴⁰⁴ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Nota Técnica GTI/002/2010, de 10 de agosto de 2010. *Comentários à Proposta de Alteração do Protocolo de Fortaleza*. Relator: Maria Rosa Guimarães Loula (Procuradora Federal do CADE) e Tatiana de Campos Aranovich (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental). p. 4; CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. p. 154.

⁴⁰⁵ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. p. 93/95.

consolidam-se entendimentos tomados pelos órgãos antitruste nacionais, transformando-os em normas mercosulinas a serem aplicadas em conformidade com a estrutura do bloco⁴⁰⁶.

Percebe-se, portanto, que o MERCOSUL passou a acompanhar as tendências internacionais no tratamento de questões envolvendo práticas anticompetitivas com efeitos transfronteiriços (no caso, com efeitos regionais), de sorte a concentrar seus esforços no aprofundamento da cooperação internacional. Ademais, o bloco regional incorpora as inovações do Direito Internacional contemporâneo, o qual, admitindo a desagregação da hierarquia e centralização do Estado clássico, passa a reconhecer outros centros decisórios, dispersos numa complexa estrutura que envolve agências reguladoras e autoridades de certa independência. Dessa forma, confere-se protagonismo às autoridades antitruste nacionais na construção da regulamentação da concorrência na região, visto que elas tornam-se os agentes ativos dos mecanismos de cooperação na matéria concorrencial, o que permite, consoante anteriormente visto, maior celeridade e fluidez aos procedimentos.

Nesse sentido, consagrando definitivamente a mudança que já vinha sendo traçada, o CMC adotou a Decisão n.º 43/2010, de 16 de dezembro, que aprovou o texto do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, diploma que atualmente disciplina a matéria antitruste no âmbito do bloco, tendo revogado o Protocolo de Fortaleza e seu anexo sobre multas⁴⁰⁷.

Assim, supera-se, finalmente, o Protocolo de Fortaleza e seu projeto de criação de um órgão intergovernamental, o Comitê de Defesa da Concorrência, a quem cabia definir as práticas anticompetitivas e estabelecer as sanções a serem impostas⁴⁰⁸. Dessa forma, adota-se um plano mais realista, estruturando uma sólida rede de cooperação entre as autoridades da concorrência dos Estados-Partes no que toca às investigações de práticas anticompetitivas transfronteiriças, de modo a institucionalizar e aprofundar os mecanismos de consultas e intercâmbio de informações já estabelecidos anteriormente⁴⁰⁹. As normas sobre condutas e práticas restritivas da concorrência foram retiradas do sistema mercosulino, sendo o anterior

⁴⁰⁶ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. p. 155/156.

⁴⁰⁷ De igual modo, a Diretriz CCM n.º 01/2003, que instituiu o Regulamento do Protocolo de Fortaleza, foi também revogada, através da Diretriz CCM n.º 15/2011. Vale ressaltar que esta última norma dispensa a incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados-Partes por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

⁴⁰⁸ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 3, 6.

⁴⁰⁹ Nos considerandos do Acordo se ressalta que a cooperação e a coordenação nas atividades de aplicação das leis de concorrência podem resultar em um atendimento mais efetivo das respectivas preocupações dos Estados-Partes. Ademais, também se dá relevo ao fato de que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados-Partes torna imprescindível assegurar condições adequadas de concorrência capazes de contribuir para a consolidação da união aduaneira.

procedimento substituído por um modelo de consulta mais coerente e direto, com um capítulo especial para a coordenação das atividades de aplicação referentes a um caso específico e outro sobre as atividades conjuntas de assistência técnica para o desenvolvimento, adoção, implementação e cumprimento das leis e políticas concorrenciais⁴¹⁰.

Em relação ao disposto nos Entendimentos, o Acordo introduziu um sistema de consulta, o que representou um progresso quando comparado ao anterior sistema de notificação. É que, enquanto este se referia aos casos em que uma autoridade nacional da concorrência investigava um ato que poderia afetar a jurisdição de um parceiro, no novo sistema de consultas, o procedimento passou a ser iniciado pela autoridade de cujo Estado-Parte foi afetado pela investigação realizada fora de sua jurisdição. Portanto, diferentemente do sistema de notificação, que raramente era invocado devido ao desinteresse de a autoridade antitruste que conduzia as investigações transmitir as informações para as autoridades dos outros Estados-Partes, o novo regime parece ser mais suscetível de lograr êxito, haja vista que o procedimento deve ser iniciado pela autoridade concorrencial do Estado diretamente afetado pelo ato antitruste investigado em sua jurisdição⁴¹¹.

Os objetivos do Acordo, definidos em seu art. 1, são a promoção da cooperação e a coordenação entre os Estados-Partes no que tange à aplicação das leis antitruste nacionais no âmbito do MERCOSUL, a concessão de assistência mútua em qualquer matéria relativa à política de concorrência que se entenda necessária, a garantia da consideração cuidadosa pelos Estados-Partes de seus relevantes interesses recíprocos quando da aplicação das respectivas leis antitruste e a eliminação de práticas anticompetitivas por meio da aplicação das referidas leis.

Dessa forma, reconhece-se a competência exclusiva dos modelos nacionais de proteção da concorrência para o desempenho eficiente do sistema e se prevê a eliminação das condutas anticompetitivas por iniciativa das autoridades nacionais, através das regulações dos Estados-Partes⁴¹². Apesar de não definir os comportamentos proibidos, como ocorria no sistema

⁴¹⁰ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *Há Novos Ventos na Defesa da Concorrência no Mercosul*. Revista **Consultor Jurídico**, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrencia-ambito-mercosul>>. Último acesso em: 14/08/2015.

⁴¹¹ BOTTA, Marco. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. p. 11/12.

⁴¹² Admite-se, nos considerandos do Acordo, ser a firme e efetiva aplicação das leis antitruste nacionais dos Estados-Partes matéria de importância crucial para o funcionamento eficiente dos mercados e para o bem-estar econômico dos cidadãos dos seus respectivos países.

anterior, o Acordo os enuncia, de modo geral, aduzindo que tais condutas devem ser qualificadas de acordo com as normas antitruste nacionais⁴¹³.

O art. 3º do Acordo estabelece que cada Estado-Membro é exclusivamente competente para regular não apenas os atos, total ou parcialmente, praticados no seu respectivo território, como também aqueles que, embora originados em outros Estados-Partes, produzam ou possam produzir efeitos sobre a concorrência daquele primeiro Estado. Há, pois, a consagração, ao lado da territorialidade, do princípio da extraterritorialidade na aplicação da lei antitruste, refletindo a tendência internacional na matéria, também reproduzida nas legislações internas dos Estados-Partes (com a exceção da Venezuela)⁴¹⁴.

Apesar da mencionada competência exclusiva das autoridades antitruste nacionais, cabe ressaltar que o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência (CT-5), criado em 1995, foi mantido como um órgão atuante, podendo interpor uma oferta ou pedido de consulta, realizar notificações e intervir em diferentes problemas de interpretação ou execução do Acordo⁴¹⁵. A atuação do Comitê se dará através do coordenador nacional do Estado-Parte que detiver a Presidência Pro-Tempore do MERCOSUL. Todavia, a redação do artigo que disciplina a temática (art. 5º) é de duvidosa qualidade, visto que não apresenta o conceito de coordenador nacional, apenas aludindo ao membro representante do Estado-Parte⁴¹⁶.

Em relação aos procedimentos, dispõe o art. 6º do Acordo que qualquer autoridade de concorrência poderá solicitar consultas a respeito de qualquer matéria relacionada à normativa ora analisada, independentemente de notificação prévia, através do roteiro estabelecido no anexo, que consubstancia um formulário no qual o requerente especificará o objeto da consulta e a sua justificativa. O oferecimento ou a solicitação de consultas se fará através do Comitê Técnico n.º 5, que procederá ao encaminhamento à parte destinatária. Ademais, prevê-se que cada autoridade de concorrência deve se esforçar para responder às consultas no prazo de noventa dias, embora este possa ser reduzido em caso de urgência ou prazo limite para o uso da informação. Cabe ressaltar que o instituto das consultas relaciona-se, na generalidade dos casos,

⁴¹³ SUÑÉ, Natasha. *Mercosur Competition Defence Rule*. ZEI Regional Integration Observer. Vol. 5, n.º 3, December 2011. p. 5. Afirma o art. 2: “(c) ‘Prática Anticompetitiva’ significa qualquer conduta ou ato definido nas leis de concorrência de um Estado Parte e que, em função destas, esteja sujeito à imposição de sanções; (d) ‘Concentração Econômica’ significa qualquer transação econômica ou ato tal como definidos na legislação de concorrência dos Estados-Partes”.

⁴¹⁴ No Brasil, o art. 2º da Lei n.º 12.529/2011; na Argentina, o art. 1º da Lei n.º 25.156/1999; no Uruguai, o art. 2º da Lei n.º 18.159/2007; no Paraguai, art. 3º da Lei n.º 4.956/2013. A Venezuela traz apenas o critério da territorialidade, consoante disposição do art. 4 da *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, de 1992.

⁴¹⁵ SUÑÉ, Natasha. *op. cit.*

⁴¹⁶ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 8.

a passos posteriores à notificação, nos quais os representantes máximos das agências antitruste ou sua equipe entram em contato com os seus agentes homólogos para que se consultem e resolvam questões unilaterais ou mútuas, a fim de se prevenir conflitos. Esse procedimento, portanto, não se relaciona à troca de informações e assistência *stricto sensu*⁴¹⁷.

O art. 7 exemplifica dois casos nos quais pode ocorrer a solicitação de consultas entre autoridades antitruste, consubstanciando os princípios da cortesia negativa e positiva. A primeira hipótese é quando um Estado-Parte considerar, de maneira fundamentada, que uma investigação ou procedimento relacionados a uma prática anticompetitiva ou concentração econômica, conduzido na jurisdição de outro Estado-Parte, afeta seus interesses (cortesia negativa). A segunda trata do caso de um Estado-Parte considerar, também de maneira fundamentada, que práticas anticompetitivas ou concentrações econômicas, que sejam ou tenham sido realizadas por uma ou mais pessoas naturais e/ou pessoas jurídicas situadas na jurisdição de outro Estado-Parte, afetam substancial e adversamente os interesses da primeira parte, de sorte a requerer que a autoridade do Estado onde estão situados os agentes da conduta ou estrutura leve tal fato em consideração (cortesia positiva)⁴¹⁸.

Vale destacar, contudo, que o Acordo dispõe que o procedimento de consultas não limita a liberdade de ação da autoridade concorrencial receptora do pedido, nem a da autoridade solicitante⁴¹⁹. Apesar disso, a autoridade consultada deve considerar cuidadosamente as opiniões manifestadas pela autoridade de concorrência remetente, em conformidade com os objetivos do Acordo, nomeadamente a promoção da cooperação internacional com o respeito aos princípios da cortesia negativa e positiva⁴²⁰.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 8/9.

⁴¹⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Acuerdos Regionales de Competencia en América Latina y el Caribe*. Documento escrito para o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) pelo consultor Luis Diez Canseco, sob a supervisão de Matío A. Umaña e Ignacio de Leon, com o fim de ser utilizado nas discussões do XI Fórum Latino-americano de Concorrência OCDE-BID, realizado entre os dias 3 e 4 de setembro de 2013 na cidade de Lima, Peru. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdispl aydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdispl aydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)5&docLanguage=Es)>. Último acesso em: 16/08/2015. p. 7.

⁴¹⁹ Destaque-se que a inclusão de dispositivo no Acordo (art. 8) explicitando tal fato é bastante criticável. Ora, a plena liberdade de decisão final da autoridade consultada é princípio de Direito Internacional já consagrado, corolário da soberania. Dessa forma, a existência do mencionado dispositivo pode gerar dúvidas no intérprete quanto à extensão e à aplicabilidade da norma, visto que se o mencionado princípio é positivado em determinada disposição, seria necessário que se fizesse igualmente em todos os artigos do Acordo. Não o fazendo, pode gerar a errônea ideia de que se em certa passagem ele está expresso e em outras não, é porque nestes casos ele teria sido excepcionado. Melhor teria sido omitir tal disposição, dispensável que é, e ter estabelecido apenas as exceções, e não a regra geral. O mesmo raciocínio se aplica ao art. 12, que dispõe que as regras do Acordo não obstam que a Parte solicitante conduza, no âmbito de sua jurisdição, atividades de aplicação referentes às práticas anticompetitivas ou concentrações econômicas consultadas, ou, ainda, que retire a sua solicitação (UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 9).

⁴²⁰ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *op. cit.* p. 7.

Além disso, a autoridade antitruste de um Estado-Parte pode manifestar interesse à autoridade de outro Estado-Parte em coordenar atividades de aplicação relativamente a um caso concreto, sujeito às respectivas leis da concorrência de cada jurisdição. Nesse contexto, quando constatarem que as atividades de execução podem gerar decisões contraditórias, os Estados se empenharão para evitar os problemas que daí possam surgir, embora tal coordenação não impeça que aqueles tomem decisões autônomas. Assim, tenta-se ao máximo evitar decisões contraditórias, ainda que estas possam eventualmente ocorrer, o que, evidentemente, confere insegurança jurídica, haja vista que uma mesma conduta poderá ser qualificada de modo distinto pelos Estados envolvidos no caso.

O art. 15 elenca alguns fatores que as autoridades antitruste podem considerar para determinar a extensão da coordenação, buscando um conceito amplo de cortesia negativa, isto é, a ideia de que uma parte deve procurar evitar interferir desarrazadamente ou colidir com os interesses relevantes de outra, nas hipóteses de *enforcement*⁴²¹. Dessa forma, refere-se aos resultados que a coordenação poderia produzir, à possibilidade de obtenção de informação adicional decorrente da coordenação, a qualquer redução de custos para as autoridades antitruste e/ou para os agentes econômicos envolvidos e a prazos aplicáveis nos termos das respectivas leis concorrenciais.

O Acordo também prevê que os Estados-Partes devem trabalhar conjuntamente em atividades de assistência técnica para o desenvolvimento, a adoção, a implementação e o cumprimento das leis e políticas antitruste. O art. 16 estabelece um rol exemplificativo de atividades pelas quais o referido objetivo pode ser concretizado, incluindo o compartilhamento de conhecimentos e informações, a capacitação de funcionários, a participação de pessoal como conferencistas e consultores em eventos relacionados com questões concorrenciais e o intercâmbio de pessoal.

Também é disposto no Acordo que as autoridades de concorrência dos Estados-Partes devem fazer um intercâmbio de textos de doutrina, jurisprudência e estudos públicos de mercado, de informações relativas à aplicação das leis antitruste e eventuais reformas destas e de qualquer informação relacionada à concorrência. Ademais, as autoridades antitruste dos Estados-Partes devem buscar trocar experiências sobre os respectivos direitos e políticas da concorrência e avaliar os resultados dos mecanismos de cooperação na matéria. Assim, pretende-se facilitar a eficaz aplicação das leis antitruste e promover uma melhor compreensão

⁴²¹ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 9.

dos ordenamentos jurídicos dos Estados, de sorte a se criar uma verdadeira cultura regional da concorrência.

Sob esse prisma, cabe ressaltar que a cooperação técnica deve ser protagonizada pelo Brasil, cujo Sistema de Defesa da Concorrência é o mais avançado dentre os membros do MERCOSUL, dispondo de grande conhecimento, por exemplo, no âmbito dos acordos de leniência. Como anteriormente aduzido, os demais Estados-Membros têm sistemas antitruste incipientes, com leis que, quando aplicadas, ainda servem, muitas vezes, como instrumentos governamentais para o controle da distribuição e de preços⁴²². O sistema brasileiro, por outro lado, desenvolveu-se bastante nos últimos anos, reduzindo o tempo na análise do controle de concentrações para focar seus recursos humanos na investigação de cartéis e demonstrando independência do Poder Executivo em incontáveis casos, de sorte a assumir papel de destaque entre as agências antitruste em todo o mundo⁴²³. Assim, a experiência brasileira deve ser compartilhada com os demais Estados-Partes, auxiliando-os a também avançar na temática⁴²⁴.

Além disso, o Acordo estabelece, em seu art. 20, que as autoridades da concorrência de cada Estado-Parte devem se esforçar para notificar os demais Estados sobre qualquer investigação ou procedimento por elas conduzidos que sejam relevantes para a atividade de aplicação ou execução da outra parte, que possam vir a afetar interesse relevante de outra parte, que digam respeito à restrição de concorrência suscetível de ter efeitos diretos e substanciais no território de outra parte ou que se relacionem a práticas anticompetitivas ou concentrações econômicas ocorridas principalmente no território de outra parte. Tais notificações devem, sempre que possível, ser realizadas na fase inicial do processo, a fim de que a autoridade de concorrência notificada possa conceder seu parecer. Todavia, diferentemente dos Entendimentos antes analisados, o Acordo não prevê prazo para a realização da notificação. Em

⁴²² CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *op. cit.* p. 127; BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *op. cit.* p. 8.

⁴²³ A revista britânica *Global Competition Review – GCR* é uma das referências internacionais na matéria de concorrência, sendo a única a avaliar, anualmente, o desempenho de todos os países na área. Em 2010, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi classificado no *ranking* elaborado pela publicação com três estrelas e meia das cinco possíveis, o que representou um grande avanço, já que, em 2003, a revista havia conferido ao SBDC apenas uma estrela e meia. Em 2011, a classificação foi a mesma, mas no ano seguinte a atuação do CADE conquistou quatro estrelas no *ranking* da *GCR*, o que colocou a autoridade antitruste brasileira na categoria das agências “muito boas” do mundo, abaixo apenas de órgãos dos Estados Unidos, da União Europeia, da França, do Reino Unido e do Japão. Ademais, a última avaliação do SBDC pelos pares (*peer review*) realizada pela OCDE em 2010 também foi bastante positiva, destacando os avanços no combate aos cartéis, o que colocou o Brasil na liderança desse tema na América Latina (CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 Anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. p. 171/178).

⁴²⁴ BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. p. 172, 176.

que pese a contemplação de prazos poder ser entendida como um avanço, sua ausência dota o instrumento de maior flexibilidade, o que é desejável ao tipo de arranjo pretendido⁴²⁵.

Tal como no procedimento de consulta, a notificação também será efetuada por meio do Comitê Técnico n.º 5, o qual fará o encaminhamento à parte destinatária. Entretanto, essa atuação do Comitê, em ambos os casos, é altamente criticável, visto que se introduz um intermediador burocrático no diálogo entre as autoridades antitruste. Tal intermediação frustra os objetivos de conferir maior fluidez, celeridade e franqueza à cooperação, além de ir de encontro à prática internacional. Ademais, nenhum dos dispositivos que regulam a atuação do Comitê explica qual é o seu papel, limitando-se a informar que ele será um intermediário entre as autoridades, de sorte que tal função parece ser apenas uma etapa formalista ultrapassada. Ao revés, teria sido conveniente conferir ao Comitê um papel organizador e convocador de reuniões periódicas conjuntas das autoridades antitruste nacionais, contribuindo ao incremento do diálogo institucional no seio do MERCOSUL⁴²⁶.

A seu turno, ainda que não haja uma obrigação concreta para o compartilhamento de informações, o art. 17 do Acordo aduz que as autoridades antitruste devem empenhar seus maiores esforços para proporcionar à autoridade de concorrência da outra parte, a pedido desta, informações e dados sobre casos concretos de seu interesse⁴²⁷. Todavia, pelo fato de o instrumento em estudo consubstanciar um acordo de cooperação de primeira geração, prevê-se que nenhum Estado-Membro será obrigado a fornecer informações e dados confidenciais, se assim o for proibido por sua legislação ou incompatível com seus interesses relevantes ou políticas governamentais, inclusive as relacionadas à divulgação de informação, confidencialidade, sigilo profissional ou interesses nacionais⁴²⁸. Além disso, as informações prestadas não podem, sem consentimento expresso do Estado-Parte que as forneceu, ser utilizadas pelo requerente para fins diversos daqueles das atividades de aplicação das leis de concorrência que fundamentaram sua comunicação. Ademais, todas as opiniões apresentadas pelas partes devem ser consideradas confidenciais, salvo disposição em contrário.

Contudo, tais regras sobre confidencialidade são duramente criticadas, posto que as exceções que limitam o fornecimento de informações são tantas e tão abertas (proibição pela

⁴²⁵ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 10.

⁴²⁶ Idem. *Ibidem*.

⁴²⁷ Cabe ressaltar que o aludido artigo foi erroneamente incluído no capítulo referente à cooperação técnica. Ora, a cooperação técnica, como visto, refere-se a ferramentas de *capacity building*, como treinamentos, intercâmbio de pessoal e demais *inputs* técnicos. O art. 17, ao revés, trata de fornecimento de informações e dados sobre casos concretos de investigações ou de contencioso administrativo. Tal incoerência demonstra mais uma falha na técnica legislativa do Acordo (UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 9/10).

⁴²⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *op. cit.* p. 6.

legislação nacional, incompatibilidade dos interesses relevantes ou políticas governamentais dos Estados-Partes) que a única informação passível de troca seria aquela que já é de domínio público. Nesse contexto, alega-se que mesmo no âmbito do processo penal, no qual as garantias individuais são mais extensas e robustas, é possível que os países que pretendem cooperar encontrem formas para a transmissão de informações sigilosas, através de compromisso de manutenção de sigilo⁴²⁹. Dessa forma, perdeu-se, uma grande oportunidade de aprofundar a cooperação antitruste no âmbito do MERCOSUL, o que, sem dúvidas, iria contribuir para o desenvolvimento do bloco.

Finalmente, estabelece o art. 30 do Acordo que este entra em vigor trinta dias após a última internalização do instrumento nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes. Como apenas a Argentina e o Uruguai realizaram tal procedimento (os depósitos dos instrumentos de ratificação foram efetivados em 2011 e 2014, respectivamente), o novo marco regulatório da concorrência no MERCOSUL ainda não se encontra vigente, fazendo necessária a ratificação pelos demais Estados-Partes⁴³⁰. Cabe ressaltar que o procedimento de ratificação no Brasil já está em curso, através do Projeto de Decreto Legislativo n.º 7/2015, o qual tramita em regime de urgência⁴³¹. No Paraguai, a internalização também já está em andamento, através do projeto de Lei S-151192, de 21 de julho de 2015, embora este não tramite com urgência⁴³².

Espera-se, assim, que os processos de internalização restantes não sejam tão morosos como ocorreu quando do Protocolo de Fortaleza, de sorte que o MERCOSUL possa, o quanto antes, ser dotado de um marco regulatório da concorrência que seja efetivamente aplicado⁴³³.

⁴²⁹ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 11.

⁴³⁰ Consulta realizada ao sítio eletrônico do MERCOSUL, <http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=4824&site=1&channel=secretaria>, em 16/08/2015.

⁴³¹ Consulta realizada ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=947629>>, em 16/08/2015. Destaque-se que o projeto já passou pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC), pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) e pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN), todos os pareceres tendo sido aprovados. A última movimentação no procedimento foi a publicação do parecer da CREDN, em 11/07/2015.

⁴³² Consulta realizada ao sítio eletrônico do Sistema de Informação Legislativa Paraguai, <<http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F105026>>, em 17/08/2015. O projeto encontra-se na primeira fase do processo legislativo paraguaio. A última movimentação foi a sua remessa, em 22/07/2015, para a Comissão de Legislação, Codificação, Justiça e Trabalho, a Comissão de Relações Exteriores e Assuntos Internacionais, a Comissão de Economia, Cooperativismo, Desenvolvimento e Integração Econômica Latino-Americana e a Comissão de Indústria, Comércio e Turismo.

⁴³³ Em relação à Venezuela, cabe ressaltar que o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL estabelece em seu art. 3 que as normas mercosulinas que, na data da entrada em vigor do mencionado Protocolo, estiverem em trâmite de incorporação, entrarão em vigência com a incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados-Partes originais do MERCOSUL, enquanto que a adoção de tais normas pela Venezuela será feita de forma gradual, no mais tardar em quatro anos a partir da entrada em vigência do instrumento de adesão. Como o aludido Protocolo só entrou em vigor em 12/08/2012, através da Decisão CMC n.º 27/2012, posteriormente, portanto, ao início dos trâmites de incorporação do Acordo de Defesa da Concorrência (que datam

6. Avaliação do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e os desafios para a cooperação na região

Apesar das inovações introduzidas pelo Acordo de Defesa da Concorrência, este é duramente criticado por parcela da doutrina. Nesse sentido, afirma-se que o novo marco regulatório do antitruste no MERCOSUL, que revoga o Protocolo de Fortaleza, ao invés de um progresso, traz um prejuízo à evolução do Direito da Concorrência no seio do bloco. Ora, apesar de se manter o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, são suprimidas importantes disposições, como a previsão de elaboração de normas comuns em matéria de controle de concentrações. Dessa forma, sendo mais curto e simples que o Protocolo, o novo instrumento limita-se ao âmbito de cooperação e coordenação entre as autoridades antitruste nacionais, não apresentando uma tentativa de harmonização das normas regionais sobre a concorrência⁴³⁴.

Contra tal crítica se aduz que o fracasso do Protocolo de Fortaleza foi exatamente o fato de ter trazido um complicado procedimento, sendo complexo e de difícil e lenta aplicação. Assim, o novo marco regulatório teria sido benéfico, por apenas traçar parâmetros de cooperação técnica e institucional entre os Estados-Partes, de modo a ser possível superar os entraves políticos e culturais, reduzindo barreiras estruturais e organizacionais⁴³⁵.

O modelo pretendido pelo Protocolo de Fortaleza não se mostrou adequado a uma experiência integracionista fundada na intergovernabilidade, em que os órgãos regionais não têm o poder de se impor aos Estados-Partes. Entende-se, assim, que a estrutura pensada pelo Protocolo só alcançaria eficácia se se criasse uma autoridade antitruste regional com características supranacionais, como ocorreu na União Europeia. Tal modelo obviamente traria benefícios, como uma otimização de todo procedimento de controle de condutas e estruturas, o que reduziria os custos para as empresas e traria uma uniformização das decisões⁴³⁶. Dessa forma, muitos dos problemas decorrentes da inexistência de um direito internacional da concorrência seriam solucionados, ao menos no interior do território do MERCOSUL. Todavia,

da adoção da Decisão CMC n.º 43/2010, em 16/12/2010), a vigência deste se dará com a sua ratificação pelos Estados-Partes originários, quais sejam, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A inexistência de incorporação por parte da Venezuela não obstará, portanto, que o Acordo vigore entre os outros quatro Estados do MERCOSUL. Nesse contexto, não se encontrou informações sobre qualquer iniciativa para a ratificação do Acordo naquele país.

⁴³⁴ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales*. Paris: l'Harmattan, 2013. p. 166/167.

⁴³⁵ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *Regulação da Defesa da Concorrência no Mercosul*. Notícia publicada no site do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), em 18/10/2011. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1089>>. Último acesso em: 17/08/2015.

⁴³⁶ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales*. p. 171.

considera-se que este ainda não está pronto para dispor de órgãos supranacionais, de modo que tal discussão só deve ser iniciada depois que a integração comercial alcance um estágio mais avançado⁴³⁷.

A partir do reconhecimento de todas essas dificuldades e partindo de uma visão mais pragmática, o Acordo objetivou introduzir um plano mais condizente com a realidade do MERCOSUL, com o fito de que a defesa da concorrência no bloco fosse mais ágil e eficaz. Foi-se em direção, portanto, daquela agenda mínima anteriormente comentada⁴³⁸, que vê no fortalecimento da cooperação um caminho para o aprofundamento da proteção da concorrência na região, que poderá culminar, no futuro, em um verdadeiro sistema antitruste regional. Dessa forma, considera-se que os desafios do MERCOSUL em relação à defesa da concorrência podem ser superados com gradualismo, flexibilidade e equilíbrio, de sorte que não se deve saltar ou acelerar etapas⁴³⁹. Assim, apesar de ser muito desejável o estabelecimento de um sistema antitruste de integração mais profunda na região, como aquele previsto pelo Protocolo de Fortaleza, reputa-se que a nova regulação melhor se coaduna com o atual momento vivenciado pelo MERCOSUL.

Concorda-se, entretanto, que o Acordo peca ao não introduzir mecanismos para a harmonização das legislações e políticas nacionais. Ainda que os direitos antitruste dos Estados-Partes não sejam tão distintos, é fundamental aproximá-los ainda mais para que o tratamento do tema no âmbito regional possa avançar, o que já é reconhecido no art. 1º do Tratado de Assunção. Para alcançar tal objetivo, sugere-se, por exemplo, o estudo sistemático e estruturado das legislações nacionais dos Estados-Partes, de sorte a formar um quadro normativo dos princípios básicos de cada um dos tópicos analisados, hábil a verificar e medir o grau de convergência. Ademais, também é necessário melhor compreender as diferenças, o que poderá auxiliar a diluí-las. Finalmente, é indispensável, analisar a jurisprudência, uma vez que não basta a uniformidade nas normas, mas também na sua aplicação⁴⁴⁰.

⁴³⁷ SILVA, Eugênio da Costa e. *A Concorrência no MERCOSUL: Considerações Preliminares*. Revista de Direito Econômico, n.º 25. Brasília: CADE, 1997. Ponto 5. *Apud* SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales*. p. 171. Questiona-se, inclusive, se a adoção de um modelo de supranacionalidade no MERCOSUL é realmente possível e desejável, nomeadamente em razão do grande desequilíbrio de força, sobretudo econômica, no bloco. Ora, a economia do Brasil corresponde a praticamente 80% da economia total da região, de sorte que fica difícil conceber uma transferência de soberania nacional brasileira para um órgão regional, visto que as decisões deste afetariam diretamente, na maioria dos casos, a economia brasileira (NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *op. cit.* p. 315).

⁴³⁸ ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares. *op. cit.* p. 155/156. Contudo, o Acordo corroborou a proposta de uma agenda mínima a partir da cooperação entre todos os Estados-Partes do MERCOSUL, e não apenas entre a Argentina e o Brasil, como proposto pelo referido autor.

⁴³⁹ SUÑÉ, Natasha. *op. cit.*

⁴⁴⁰ MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *op. cit.* p. 31/32.

Por outro lado, não se pode ignorar que a efetivação da cooperação entre as autoridades antitruste dos Estados-Partes, prevista no Acordo, será uma árdua tarefa, fazendo-se necessário superar inúmeros desafios. A ausência de uma verdadeira cultura antitruste e as assimetrias entre os direitos da concorrência nacionais, anteriormente já mencionadas, acabam provocando uma falta de confiança mútua entre as autoridades, o que muito obstaculiza a cooperação. Assim, por exemplo, as relações entre as autoridades argentinas e brasileiras não têm funcionado devido à falta de confiança no sistema da Argentina, no qual a CNDC (*Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*) carece de independência em relação ao governo, de modo que suas decisões parecem refletir uma escolha deste último⁴⁴¹.

Outro fato que dificulta a implementação de uma cooperação efetiva entre os Estados-Partes é a ausência de oportunidades para o estabelecimento de contatos entre os conselheiros das autoridades antitruste, sendo os encontros nas conferências internacionais referentes ao direito da concorrência, em geral, os únicos momentos de aproximação entre eles. Por outro lado, só costuma participar desses eventos um número limitado de membros. No caso brasileiro, por exemplo, apesar de tanto a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) como o CADE participarem dos fóruns que discutem tópicos referentes ao âmbito de atividades de cada um, como na ICN, apenas o CADE costuma comparecer aos eventos que tratam de questões mais genéricas de defesa da concorrência, como na OCDE. Ademais, é o Presidente do CADE⁴⁴² e um membro de seu gabinete que participam da maioria dos eventos, de sorte que os outros conselheiros têm poucas oportunidades de firmar contatos com seus colegas estrangeiros. Em outros Estados-Partes, como na Argentina, a ausência de contato internacional é ainda mais acentuada, pelo fato de inexistir, diferentemente do CADE (onde há a Assessoria Internacional), funcionários com competência específica em manter as relações com as autoridades estrangeiras⁴⁴³.

Nesse contexto, foi precisamente visando solucionar esse tipo de problemas que o Acordo dispôs sobre a cooperação técnica, acima comentada. Dessa forma, estimulando a troca

⁴⁴¹ BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. p. 172/173. O autor aborda a inexistência de efetiva cooperação entre Brasil e Argentina, aduzindo que, apesar de as autoridades antitruste dos referidos países estabelecerem contatos esporádicos, estes nunca foram cruciais para a resolução de um caso investigado por ambos os Estados.

⁴⁴² Afinal, segundo o art. 10, I, da Lei n.º 12.529/2011, compete ao Presidente do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica representar legalmente o CADE no Brasil ou no exterior.

⁴⁴³ BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. p. 173/175.

de conhecimentos e aproximando as autoridades nacionais dos Estados-Partes, espera-se que haja um incremento da cooperação internacional intrabloco.

Finalmente, há de se ressaltar as limitações inerentes aos acordos de cooperação de primeira geração, como é o caso do Acordo de Defesa da Concorrência. Ora, consoante já afirmado, ao limitar o compartilhamento de informações sigilosas, o Acordo não possibilitará uma cooperação tão intensa quanto seria idealmente necessário. Ademais, os compromissos firmados no Acordo tendem a ser mais flexíveis, limitando também os atos passíveis de serem considerados válidos, se fundados no referido instrumento. É que o Acordo destina-se mais propriamente para investigações ou ações de inteligência, e não para o disciplinamento da atuação judicial ou do contencioso administrativo, não se preocupando com os princípios aplicáveis a estes, como o contraditório e a ampla defesa⁴⁴⁴.

Sob esse prisma, admite-se que o novo diploma regulatório da concorrência no MERCOSUL não é perfeito, apresentando inúmeras falhas e dificuldades que deverão ser enfrentadas para que sua aplicação produza resultados positivos. Além disso, reconhece-se que a cooperação, foco do novo instrumento, não é o caminho ideal para o estabelecimento de um sistema de proteção à concorrência regional. Entretanto, considera-se que o Acordo de Defesa da Concorrência se conforma com as atuais configurações do bloco, de sorte que a intensificação da cooperação colaborará, sim, para uma maior proteção da concorrência na região, além de poder criar o ambiente apropriado para uma maior integração na matéria no futuro.

7. Considerações finais

Diante da necessidade de se internacionalizar o Direito Antitruste, a cooperação internacional na matéria vem se intensificando nos últimos anos. Tal cooperação tem sido caracterizada pela sua veiculação direta entre autoridades, o que confere maior celeridade e fluidez aos procedimentos. Paralelamente, a regulamentação da concorrência em espaços de integração regional também vem crescendo, como forma de garantir as liberdades econômicas introduzidas em tais mercados.

Sob esse prisma, o MERCOSUL tem buscado implementar regras antitruste. Apesar de o Tratado de Assunção não ter disposto nem princípios gerais sobre a concorrência, a

⁴⁴⁴ UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. *op. cit.* p. 6.

Decisão CMC n.º 21/94 e, posteriormente, o Protocolo de Fortaleza visaram o estabelecimento de um sistema antitruste regional. Este último foi bastante ambicioso, elaborando regras materiais e procedimentais, aplicáveis aos atos anticompetitivos com efeitos no âmbito do MERCOSUL e que afetassem o comércio entre os Estados-Partes. Houve, inclusive, a criação de um órgão intergovernamental, o Comitê de Defesa da Concorrência, a quem cabia, juntamente com a Comissão de Comércio, a execução das regras previstas, embora em colaboração com as autoridades nacionais. Todavia, o Protocolo jamais chegou a ser aplicado, não apenas pela falta de ratificação por parte da Argentina e Uruguai, mas também pela ausência de uma cultura da concorrência e pelas sérias crises econômicas que assolaram a região.

Dessa forma, o processo regulatório da concorrência no MERCOSUL mudou de rumo, passando a visar a cooperação entre os Estados-Partes. Nesse sentido, foram celebrados dois entendimentos entre as autoridades antitruste, em que se estabeleceram mecanismos de notificações e trocas de informações para auxiliar o combate a condutas anticompetitivas regionais.

A tendência ao fortalecimento da cooperação foi consolidada com o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, diploma que atualmente disciplina a matéria. Buscou-se, assim, um plano mais realista, absorvendo as tendências internacionais para conferir às autoridades antitruste nacionais o protagonismo na construção da defesa da concorrência na região. Preveem-se, dessa forma, mecanismos de consulta, de coordenação, de cooperação técnica e de notificação, embora não haja a obrigatoriedade do fornecimento de informações confidenciais.

Diante disso, apesar de suas falhas, como a inexistência de regras de harmonização das legislações nacionais, e de todos os desafios que deverão ser enfrentados para a efetivação de uma cooperação intensa entre as autoridades nacionais, tal como a falta de confiança mútua e as poucas oportunidades para o contato entre elas, acredita-se que o Acordo trará um avanço na defesa da concorrência na região. Poderá, inclusive, ser um instrumento intermediário, criando um espaço propício para se alcançar, no futuro, uma integração mais profunda na matéria. De qualquer forma, o Acordo deverá aumentar a eficiência e produtividade dos membros do MERCOSUL, ampliando a competitividade e a inserção da região no mercado internacional e auxiliando na promoção do crescimento e desenvolvimento econômico e social de seus habitantes.

8. Referências

AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. *A Estrutura Orgânica do Mercosul: Direito de Concorrência no Processo de Integração*. Rev. Jur., Brasília, v. 9, n. 85, p. 20-39, jun./jul, 2007.

ANDRADE, Maria Cecília. *A Defesa da Concorrência no MERCOSUL e o Protocolo de Fortaleza*. Boletim Latino-Americano de Concorrência, n.º 12, julho de 2001. p. 45/55.

ARANOVICH, Tatiana de Campos. *Inovações na Cooperação Jurídica Internacional para o CADE*. Revista de Defesa da Concorrência, n.º 1, Maio 2013. p. 124/148.

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares. *Política de Concorrência no MERCOSUL: uma Agenda Mínima*. In CHUDNOVSKY, Daniel; FANELLI, José María (org.). *El Desafío de Integrarse para Crecer: Balance y Perspectivas del MERCOSUR en su Primera Década*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina, 2001. p. 145/160.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Europeia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Acuerdos Regionales de Competencia en América Latina y el Caribe*. Documento escrito para o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) pelo consultor Luis Diez Canseco, sob a supervisão de Matio A. Umaña e Ignacio de Leon, com o fim de ser utilizado nas discussões do XI Fórum Latino-americano de Concorrência OCDE-BID, realizado entre os dias 3 e 4 de setembro de 2013 na cidade de Lima, Peru. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)5&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)5&docLanguage=Es)>. Último acesso em: 16/08/2015.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, n.º 13, março/maio de 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-no-Brasil.pdf>. Último acesso em: 06/08/2015.

BOTTA, Marco. *The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil*. Competition Law Review, volume 5, issue 2, July 2009. p.153/178.

_____. *The Role of Competition Policy in the Latin American Regional Integration: A Comparative Analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur*. Trabalho apresentado no IX Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) – Revisiting Regionalism, realizado entre os dias 21 e 22 de outubro de 2011 na Universidade de St. Gallen. Disponível em: <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/09801a05.pdf>>. Último acesso em: 06/08/2015.

CARVALHO, Leonardo Arquimino de. *Direito Antitruste e Relações Internacionais – Extraterritorialidade e Cooperação*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *A Cooperação Internacional na Defesa da Concorrência*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 1, 2013. p. 97/103.

_____; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 Anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 73-102, jan./jun. 2011.

_____. *A Construção da Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Uma Perspectiva Construtivista – Cooperação e Interesses nas Relações Internacionais*. Campinas, UNICAMP, 2010. Tese de Mestrado em Relações Internacionais. Disponível em:

<<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000774937>>. Acesso em 13/08/2015.

_____. *Há Novos Ventos na Defesa da Concorrência no Mercosul*. Revista **Consultor Jurídico**, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrenca-ambito-mercosul>>. Último acesso em: 14/08/2015.

_____. *Regulação da Defesa da Concorrência no Mercosul*. Notícia publicada no site do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), em 18/10/2011. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1089>>. Último acesso em: 17/08/2015.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de Defesa da Concorrência: Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. *A OCDE e seu Papel na Promoção Internacional do Direito da Concorrência*. In MENEZES, Wagner (coord.) *Estudos de Direito Internacional*. Vol. X. Anais do 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 436/444.

EVENETT, Simon. *What can We Really Learn from the Competition Provisions of RTAs?* In BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana María; CERNAT, Lucian (org.). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. New York/Geneva: United Nations Publications, 2005. p. 37/63.

FOX, Eleanor M. *International Antitrust and the Doha Dome*. Virginia Journal of International Law. v. 43. Charlottesville: University of Virginia School of Law, 2003. p. 911/932.

GAL, Michal. *Regional Competition Law Agreements: an Important Step for Antitrust Enforcement*. University of Toronto Law Journal, v. 60, nº 2, 2010. p. 239/261.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2010.

HEINEMANN, Andreas. *La Nécessité d'un Droit Mondial de la Concurrence*. Revue Internationale de Droit Économique, 3/2004, t. XVIII, 3. p. 293/324.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. Porto Alegre, UFRGS, 2005. Tese de Doutorado em Direito Comunitário. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5525/000471918.pdf?sequence=1>>. Acesso em 09/08/2015.

_____. *Direito Internacional da Concorrência: Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Mercados Comum e Interno e Liberdades Econômicas Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Os Cartéis Internacionais e a Transnacionalização das Decisões do Direito Concorrencial*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n.º 4, 2012. p. 59/91.

KESKIN, Ali Cenk. *Pour un Nouveau Droit International de la Concurrence*. Paris: l'Harmattan, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito Econômico Internacional – Tendências e Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *Direito Internacional da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de. *Defesa da Concorrência no MERCOSUL: Entraves e Soluções Normativas*. Boletim Latino-Americano de Concorrência, n.º 23, setembro de 2007. p. 19/34.

NAVEGA, Antonio Poli; SOUZA, Luciano Inácio de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. In RIBEIRO, Elisa de Sousa (org.). *Direito do MERCOSUL*. Curitiba: Appris, 2013. p. 305/316.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Le Contrôle des Concentrations Transnationales*. Paris: l'Harmattan, 2013.

_____; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. *A Segunda Década da Rede Internacional da Concorrência: os Desafios da Promoção da Convergência na Diversidade*. *Revista de Defesa da Concorrência*, nº1, Maio 2013, p. 4-15.

SUÑÉ, Natasha. *Mercosur Competition Defence Rule*. ZEI Regional Integration Observer. Vol. 5, nº 3, December 2011. p. 5.

UNIÃO. Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. Nota Técnica GTI/002/2010, de 10 de agosto de 2010. *Comentários à Proposta de Alteração do Protocolo de Fortaleza*. Relator: Maria Rosa Guimarães Loula (Procuradora Federal do CADE) e Tatiana de Campos Aranovich (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental).

VELHO, Rafael Rott de Campos. *O Combate aos Cartéis como Parte de um Novo Paradigma no Direito Internacional*. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, v. VII, n. 1, 2012. p. 201/221.